Das formelle

Recht der Notherben.

Eine civilistische Abhandlung

von

Dr. Adolf Schmidt,

Großh. badischem Hofrathe und ord. Professor des römischen Rechts zu Freiburg i. Br.

Großherzogliche Bibliothek zu Fulda.

Leipzig

Verlag von S. Hirzel.

1862.

200
C99
3014
B45

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

208
E99

Das formelle

Recht der Notherben.

Eine civiliſtiſche Abhandlung

von

Dr. Adolf Schmidt,

Großh. badiſchem Hofrathe und ord. Profeſſor des römiſchen Rechts zu Freiburg i. Br.

Leipzig

Verlag von S. Hirzel.

1862.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorwort.

Der Gegenstand, welchen die nachstehenden Blätter behandeln, hat von jeher die Aufmerksamkeit der Juristen in besonders hohem Grade auf sich gezogen. Den Glossatoren freilich und ihren nächsten Nachfolgern war ein eingehendes Verständnis deshalb versagt, weil sich ein solches als unmöglich erweist ohne die Leuchte der Geschichte. Gerade deshalb ist es Cujaz, der auf diesem Gebiete die Gesammtheit seiner Vorgänger und eine große Zahl seiner Nachfolger weit überragt; obgleich in seiner Art überall nur einzelne Fragen behandelnd, thut er das doch auf der Grundlage einer vollkommen klaren Einsicht in das Ganze.

Unter Denen, welche nach dem Wiederaufleben der historischen Methode in unserem Jahrhundert den rechten Weg einschlugen, ist als erster G. A. Förster zu nennen, der in seinem, im Jahre 1823 erschienenen Buche de bonorum possessione liberorum praeteritorum contra tabulas parentum das formelle Recht der sui heredes und die bonorum possessio contra tabulas ausführlich und umsichtig behandelt hat. Auf ihn folgt J. C. Bluntschli's Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen nach römischem

Digitized by Google

Recht (1829); ein Buch, welches sich durch Frische der Darstellung und eine gesunde, praktische Tendenz auszeichnet. Das Hauptwerk erschien 1831: W. Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten, anerkanntermaßen eine unserer besten civilistischen Monographieen, deren hohen Werth nicht im Mindesten verringert, wer ihr in einzelnen Hauptfragen zu widersprechen genöthigt ist. Als Mühlenbruch im Jahre 1832 die Fortsetzung des Glück'schen Pandektenkommentars übernahm, sah er sich veranlaßt, das gesammte Notherbenrecht einer erneuten Behandlung zu unterziehen (hierher gehören besonders der 36. und der 37. Band des Kommentars, 1833). Wo ein Gelehrter von Mühlenbruch's Bedeutung einem solchen Gegenstande sich zuwendet, da versteht sich die Tüchtigkeit der Leistung von selber, wenn auch seine Arbeit, nach Art eines mehr in die Breite als in die Tiefe gehenden Kommentars, hinter der seines unmittelbaren Vorgängers zurückstehen mag.

Die nachfolgende Zeit hat sich vorzugsweise mit der bonorum possessio beschäftigt. F. Fabricius' Schrift über Ursprung und Entwickelung dieses Institutes (1837) fand nicht blos die verdiente Anerkennung, sondern wirkte auch in mannigfach anregender Weise. Ihr folgte zunächst W. Leist's umfassendes, in das Einzelne eingehendes Werk über die bonorum possessio (1844. 1848), sodann J. Hingst's klar zusammengedrängte Uebersicht dieses Gebiets (commentatio de bonorum possessione, Amstelodami 1858).

Noch gebührt eine besondere Hervorhebung der lichtvollen Zusammenfassung, welche Arndts im 3. und im 8. Bande des Rechtslexikon's (1844. 1854) von dem heutigen Stande der gesammten Lehre des Notherbenrechts gegeben. Ganz vorzüglich aber ist der

Digitized by Google

kritisch gereiften, umsichtigen Behandlung vieler Hauptfragen in dem 2. Bande von Vangerow's Pandekten (erste Ausgabe 1842, neue Bearbeitung 1854) ehrende Erwähnung zu thun.

Das neuste hierher gehörige, erst nach Vollendung der vorliegenden Schrift mir zugekommene Werk ist F. Lasalle, das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwickelung (1861). Der Verfasser huldiget jener philosophirenden Richtung, welche wir auf dem Gebiete des römischen Rechts durch Gans, Christiansen und Andere kennen gelernt haben. Geistreiche Leute, die sie in Wahrheit sind, fehlt ihnen gerade auf Grund ihrer Methode jene nothwendige Resignation, den eigenen Gedankenkreis der objektiven Größe des römischen Rechts unterzuordnen: anstatt dem Geiste des römischen Rechts erhalten wir des Autors eigenen Geist.

Dieser etwa ist der Stand unserer heutigen Litteratur; ihr Reichthum erleichtert die Aufgabe und erschwert sie zugleich. Das Ziel, welches ich meinerseits mir gestellt habe, ist der klare Einblick in den ebenso interessanten wie verwickelten Bildungsgang dieses Rechtstheils. In jenen Dingen, welche man nicht selten für eine Anhäufung willkürlicher Unbegreiflichkeiten anzusehen scheint, habe ich mich bestrebt, zu erkennen, was man geschichtliche Nothwendigkeit zu nennen pflegt und in Wahrheit nichts ist, als ein der Natur des Menschen entsprechender Entwickelungsgang. Namentlich war es dabei eine wesentliche Aufgabe, über dem Interesse an der Untersuchung nirgends den relativen Werth der zu untersuchenden Frage selber zu vergessen, also überall das Einzelne als ein dienendes Glied dem Ganzen unterzuordnen. Daß eine, von dem Pflichttheilsrechte (welches einer späteren Behandlung vorbehalten bleiben mag) ge-

Digitized by Google

trennte Darstellung des formellen Notherbenrechts möglich und angemessen sei, hoffe ich durch die That gezeigt zu haben.

Endlich war es mein Bemühen, nicht blos die Vergangenheit geschichtlich zu begreifen, sondern auch der Gegenwart gerade von geschichtlichem Standpunkte aus gerecht zu werden.

Digitized by Google

Civiles Recht.

Digitized by Google

Digitized by Google

Ueberall, wo sich das Recht selbstständig und ursprünglich entwickelt, wird das Notherbenrecht dem testamentarischen Erbrechte in der Zeit nachfolgen; denn es ist seine Bestimmung, eine Korrektur des letzteren zu sein. Jedenfalls hat das römische Recht diesen Entwickelungsgang eingehalten. Noch die Zwölftafeln setzen an die Spitze des testamentarischen Erbrechts den Satz: uti legassit suae rei, ita ius esto d. h. der in der Form des legare[1] ausgesprochene letzte Wille entscheidet absolut über den Nachlaß[2]. Daraus folgt, daß die Intestaterben dann ausgeschlossen sind, wenn das Testament von ihnen schweigt[3]. Dieser Satz trifft alle, also auch diejenigen Intestaterben, welche in der ersten Klasse stehend natürlich und rechtlich die Bestimmung haben, das Haus, die Familie des Erblassers

1) Was legare sei, stand zur Zeit der Zwölftafeln lange schon fest und wird von diesen als anerkannt vorausgesetzt. Es war keineswegs ein jedes Wollen, sondern an ganz bestimmte Erfordernisse gebunden; namentlich setzte es voraus: a. daß beide, der Testator und der Bedachte, an dem römischen Testamentsrechte Antheil haben; b. daß der Wille des Testators in derjenigen Form ausgesprochen sei, welche Sitte und Herkommen dafür festgesetzt hatten.

2) Allerdings haben einzelne Schriftsteller die Ansicht aufgestellt, schon in den Zwölftafeln sei ein Notherbenrecht enthalten gewesen: allein das Irrige dieser Behauptung ergibt sich einfach aus Fr. 120 de verborum significatione. Vergl. Francke, das Recht der Notherben, p. 15.

3) Daß sie auch dann ausgeschlossen sind, wenn das Testament zu Gunsten der Dritten nicht über den ganzen Nachlaß, sondern nur über einen Theil desselben verfügte, ergibt sich nicht aus dieser Stelle des Gesetzes, sondern aus der wörtlichen Auslegung der andern, wonach die gesetzlichen Erben nur für den Fall gerufen sind, si intestato moritur.

Digitized by Google

als selbstständige Häupter fortzusetzen, sobald er selber nicht mehr vorhanden ist: die sui heredes. In diesem Begriff sind enthalten:

1) Diejenigen, welche in der väterlichen Gewalt[4] des Erblassers bis zu seinem Tode befindlich, in dem Augenblick der Delation[5] als nächste in ihrem Stamm[6] homines sui iuris sind (sui im engeren Sinne).

2) Desgleichen die Andern, welche in dem Augenblicke des Todes des Erblassers schon erzeugt, aber nach seinem Tode geboren,

---

4) Die Frau, welche in der manus ihres Ehemannes sich befindet, ist filiae loco (und zwar bei ihm immer: Gai. I, 115 b, 136; II, 159) und daher quasi sua heres (Gai. II, 139; in ungenauer Rede schlechthin sua heres: Coll. XVI, 2, 3). Die in der manus eines Andern als des Ehemannes sich befindende (fiduciae causa) ist nicht filiae loco, daher nicht sua heres: Gai. I, 114, 115, 136. Die nurus in manu filii ist neptis loco, daher sua heres des Schwiegervaters erst dann, wenn ihr Ehemann weggefallen ist: Gai. II, 159. Coll. XVI, 2, 3. — Der in mancipio Befindliche folgt dem Muster der Sklaverei; er wird daher durch den Tod des Herrn nicht frei, sondern ist Gegenstand des Nachlasses.

5) Da das Testament der Intestatfolge absolut vergeht, so tritt die Delation der letzteren überall erst dann ein, wenn es feststeht, daß nicht aus einem Testament geerbt werde. Demnach wenn überhaupt kein Testament vorliegt — und ein ungültiges ist ebenfalls keines —, so hat die delatio ab intestato statt, sobald der Betreffende überhaupt beerbt werden kann, also unmittelbar mit seinem Tode. Dagegen bei Vorhandensein eines Testaments erfolgt jene erst mit dem zuweilen sehr viel späteren Zeitpunkt, in welchem es sich objektiv feststellt, daß aus dem Testament nicht geerbt werde: Gai. III, 13. Paul. IV, 8 §. 1. 11. p. I. de hered. quae ab int. §. 1. 6 I. de legit. agnat. succ. Fr. 2 §. 5. 6 de suis et legitimis. Fr. 9 §. 2 de liberis. Fr. 7 p. si tabulae. Fr. 6 p. de iniusto.

6) Das sind sie demnach, a) weil sie als nächste ihres Stammes mit dem Tode des Erblassers gewaltfrei wurden: Gai. II, 156. Coll. XVI, 2. §. 2 I. de hered. quae ab int. b) weil sie bei dem Tode des Erblassers in ihrem Stamm nicht die nächsten, noch bis zur delatio ab intestato die nächsten wurden: Fr. 7 p. si tabulae (Pap.); Fr. 1 §. 8 de suis (Ulp.); §. 7. 8 I. de hered., quae ab int. (namentlich Papinian und Ulpian erkennen, daß der, überhaupt nur auf die Zeit nach dem Tode des Erblassers bezügliche Satz successionem in suis heredibus non esse, die Intestaterbfolge nicht angehe). — Dagegen der nach dem Tode des Erblassers von seinem Vater emanzipirte Enkel ist natürlich niemals suus heres des Großvaters.

Digitized by Google

lediglich durch dieſes Spätergeborenwerden von den Erſten ſich unterſcheiden: postumi sui[7].

Der Grund, weshalb der Erblaſſer in ſeinem Teſtament eines suus heres nicht gedenkt, kann dreifach verſchieden ſein.

1) Weil der Teſtator gar nicht die Macht hatte, ſeiner zu gedenken. So iſt es bei einem Jeden, der im Augenblick der Teſtamentserrichtung überhaupt noch nicht vorhanden, erſt nach derſelben — ſei es nach dem Tode des Erblaſſers oder bei deſſen Lebzeiten — als suus deſſelben geboren wird, alſo bei dem postumus suus des teſtamentariſchen Rechts[8]. Ein ſolcher iſt nämlich für den Teſtator incerta persona und daß dieſe in dem Teſtament nicht

7) Die Römer ſetzen dem suus postumus den alienus postumus entgegen (zuweilen auch extraneus postumus genannt: Gai. I, 147). Gaius (II, 241; ihm folgen §. 26. 28 I. de legatis, Theophil. eod. l.) definirt: est autem alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatoris futurus non est. Danach könnte man geneigt ſein, den Begriff des alienus postumus auf die teſtamentariſche Erbfolge zu beſchränken; daß das jedoch die Meinung des Juriſten nicht ſein könne, zeigt Fr. 127 de legatis I. Für die teſtamentariſche Erbfolge ſind es alle, dem Teſtator nach der Teſtamentserrichtung geborene postumi, welche nicht zugleich sui deſſelben werden. So namentlich Enkel von dem emanzipirten Sohn; desgleichen Kinder erſten Grades aus einer Ehe ohne connubium (Gai. II, 241); ferner offenbar auch die Enkel von dem lebenden filiusfamilias, denn obgleich in der patria potestas des Großvaters, ſind ſie demſelben nicht sui heredes, fallen alſo unter die Definition. Mit dieſem Reſultat ſtimmt auch die herrſchende Meinung überein, ſo Mühlenbruch im 36. Bande des Kommentars, Heumann in der Gießener Zeitſchrift, Band 19 p. 331, während z. B. *Schulting* ad Gai. Visig. II, 3, 2 anderer Anſicht iſt.

8) Der Begriff des teſtamentariſchen postumus ſtimmt mit dem des postumus ab intestato inſoweit zuſammen, als er die nach dem Tode des Erblaſſers Geborenen umfaßt. Dagegen überſchreitet er die Grenze deſſelben in dem anderen Falle, wo er die bei Lebzeiten des Erblaſſers Geborenen in ſich aufnimmt. Nach der Darſtellung der Römer erſcheint der Name als auf dieſen Fall erſt ſpäter übertragen: *Fr.* 3 §. 1 *de iniusto (Ulp.):* Postumos autem dicimus eos duntaxat, qui post mortem parentis nascuntur; sed et hi, qui post testamentum factum in vita nascuntur — — *Gai. Visig. II*, 3 §. 2: Postumorum duo genera sunt, quia postumi appellantur hi, qui post patris mortem de uxore nati fuerint et illi, qui post testamentum factum nascuntur.

Digitized by Google

bedacht werden könne, das gehört zu den im alten Recht zweifellosen Sätzen[9].

2) Weil der Testator von dem Vorhandensein oder künftigen Erscheinen des suus überhaupt keine Kenntnis hatte. Das ist der Fall

a) regelmäßig dann, wenn er den suus erst nach der Testamentserrichtung erhält: also bei den sub 1 genannten, eigentlichen testamentarischen Postumen[10]; desgleichen bei denen, qui postumorum loco sunt (von ihnen später);

b) wenn er der irrigen Meinung war, das Kind lebe nicht mehr;

c) wenn er der irrigen Meinung war, der Betreffende sei nicht sein Kind.

3) Weil der Testator die Absicht hatte, sein Kind auszuschließen. Das Motiv dazu kann sein:

a) weil er dasselbe für der Erbschaft unwürdig hält, sei es nun, daß er darin Recht habe oder sich irre;

b) weil er für das Kind unter Lebendigen genügend gesorgt zu haben glaubt[11];

c) weil er durch Uebergehung für das Beste des Kindes sorgen will (Anm. 48);

d) weil er die natürliche Pflicht aus Lieblosigkeit hintansetzt.

Unter diesen Verhältnissen entsprach der Stand des Rechts den Bedürfnissen des Lebens offenbar nur unvollkommen. Denn einmal

9) Gaius sagt das zwar nur von dem postumus alienus *(Gaius II, 242*: ac ne heres quidem potest institui postumus alienus; est enim incerta persona), aber damit ist für den postumus suus keineswegs das Gegentheil ausgesprochen; denn auch dieser fällt unter den Begriff der incerta persona (Gai. II, 238; § 25 I. de legatis). Die ausschließliche Erwähnung des postumus alienus bei Gaius hat darin ihren Grund, daß zur Zeit dieses Juristen für den postumus suus das Hindernis schon beseitiget war: vergl. Ulp. XXII, 4. Theophil. ad § 26 de leg. Mühlenbruch, 36 p. 176.

10) Nur wenn der Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung von der Schwangerschaft weiß, ist es anders.

11) Vergl. Fr. 61 de heredibus instituendis.

Digitized by Google

ist es ohne Weiteres klar, daß es der Staat nicht gut heißen könne, wenn die Träger der Familie durch das Testament des paterfamilias von dem Nachlasse ausgeschlossen werden, dem Willen des paterfamilias selber zuwider: und doch geschieht das in den sub 1 und 2 und zuweilen auch in den sub 3, a angegebenen Fällen. Sodann ist nicht minder einleuchtend, daß da, wo jener Ausschluß zwar auf Grund des Willens und der Absicht des Testators, aber mit Verletzung der natürlichen Pflicht lediglich aus Lieblosigkeit erfolgt, der Staat durch Aufrechterhaltung dieses letzten Willens weder in höherem Sinne gerecht noch weise verfahre. Demnach war jene, in den Zwölftafeln ausgesprochene, unbedingte Gültigkeit des Testaments von legislativem Standpunkte aus unhaltbar.

Die Nothwendigkeit einer Abhülfe wird einer ziemlich frühen Zeit eingeleuchtet haben. Aber nicht die Gesetzgebung ergriff hier die Initiative, sondern, wie in zahlreichen anderen Fällen, die Jurisprudenz, und zwar entfaltete sie ihre Thätigkeit besonders seit der Zeit, als sie in dem, bei Erbschaftsstreitigkeiten vorzugsweise kompetenten Centumviralgericht ein mächtiges Organ für Verwirklichung ihrer schöpferischen Gedanken gefunden[12]. Nachdem in dieser Art der erste Grund gelegt worden war, betheiligten sich, wie ebenfalls gewöhnlich, bei der Weiterbildung des Instituts alle übrigen Quellen des Rechts, namentlich eigentliche leges, das prätorische Edikt, Kaisergesetze[13].

---

12) Daß das Centumviralgericht für die Entwickelung des formellen Notherbenrechts eine hervorragende Thätigkeit bewies, wird uns ausdrücklich bezeugt: *Cicero* de oratore I, 38. C. 4 p. de liberis praeteritis. Unter seiner Leitung entwickelte sich dieses in früherer Zeit in ähnlicher Weise, wie in späterer das Pflichttheilsrecht.

13) Hierher gehört *Fr.* 120 *de verborum significatione. Pomp. lib.* 5 *ad Q. Mucium:* Verbis legis duodecim tabularum his: *uti legassit suae rei, ita ius esto,* latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi; sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium. Die Wortstellung des hier entscheidenden Schlusses ist zwar etwas nachlässig, aber der Sinn klar. Die durch das Zwölftafelgesetz anerkannte, absolute Testirfreiheit, welche weder für die Er-

Digitized by Google

Naturgemäß wendete sich die Jurisprudenz zuerst dem Punkte zu, welcher von allen der dringendste war, nämlich wo der suus im Testament übergangen ist, weil er übergangen werden mußte, also dem postumus[14]. Zwei Wege ließen sich hier einschlagen: entweder man verlieh auch ihm die testamentifactio, durchbrach also den Satz von der Uneinsetzbarkeit der incerta persona, oder man ließ ihn erben trotz dem Testament. An den ersten Weg dachte die alte Zeit nicht; erst eine sehr viel spätere erhob sich mühsam und allmälig zu diesem Standpunkt. Dagegen finden wir schon sehr früh den entscheidenden Satz, mit welchem die ganze Entwickelung des Notherbenrechts in charakteristischer Weise beginnt: postumi agnatione testamentum rumpi[15]. Wir sagen sehr früh, weil schon Cicero denselben zu wiederholten Malen als einen solchen hervorhebt, der so zweifellos feststehe, daß kein Sachwalter wagen könne, ihn anzufechten[16]. Der Satz selber ist geradezu eine Durchbrechung des Rechtes der Zwölftafeln, vielleicht durch den Gedanken vermittelt,

---

besernennung noch für Legate noch für Tutorenbestellung irgend eine Schranke kannte, wurde allmälig durch zwei Dinge eingeschränkt: einmal durch die Interpretation, sodann durch die Auktorität der zur Rechtsbildung staatlich befugten Organe; zu den letzten gehören eigentliche leges, z. B. die furia, voconia, falcidia. Die Beschränkung des Zwölftafelsatzes durch das Notherbenrecht ist nur ein besonderer Fall unter den mehreren.

14) Den Kern des ganzen Instituts pflegt man nicht selten darin zu sehen, daß in der Präterition des Notherben ein bloses Vergessen, ein Irrthum des Testators liegen könne; die nachtheiligen Folgen eines solchen zu beseitigen, sei die hier gelöste Aufgabe. So namentlich am bestimmtesten Bachofen, die lex voconia § 14, welcher als erste Stufe der Entwickelung den völlig erwiesenen Irrthum des Vaters in dem Fall von Cicero de orat. I, 38 und als zweite den blos präsumirten Irrthum desselben annimmt. Aber der Satz postumi agnatione testamentum rumpi ist älter als jener angeblich früheste Fall (vergl. Anm. 17): und es war die Unmöglichkeit des Bedenkens offenbar ein viel dringenderer Grund als die Möglichkeit des Vergessens.

15) Ulp. XXII, 18. Fr. 12 de liberis. Fr. 1. Fr. 3 § 3. 6. Fr. 12 p. Fr. 15 de iniusto. C. 1. 2. 3 de postumis. Gai. Visig. II, 3 § 2.

16) *Cicero* pro Caecina cap. 25, de oratore I, 57. — Auch der Umstand, daß in Bezug auf die Wirkung zwischen postumus und postuma nicht unterschieden

Digitized by Google

daß diese Ungültigkeit des Testaments als der wahre Wille des Testators selber zu betrachten sei. Derselbe hat im Einzelnen folgende Bedeutung:

1) Das künftige Erscheinen des postumus hindert die ursprüngliche Gültigkeit des Testaments natürlich nicht[17].

2) Nur das zur Zeit des Erscheinens des postumus gültige Testament kann rumpirt werden[18].

3) Die Ruption erfolgt mit der Agnation, d. i. mit dem Erscheinen des postumus. Daraus ergibt sich, daß derselbe das väterliche Testament bei Lebzeiten des Vaters rumpirt, wenn er bei Lebzeiten desselben erscheint[19]. Ist dagegen die Frau beim Tode des Erblassers schwanger, so wird die Delation derzeit überhaupt suspendirt, in der Art, daß, wenn nachträglich ein lebendiger postumus zur Welt kommt, die Ruption eintritt mit seiner Geburt, im gegentheiligen Falle aber nunmehr Delation aus dem Testament statt hat[20]. Aber die Delation wird nur verhindert durch die Schwanger-

wird, scheint darauf hinzuweisen, daß in der Zeit, wo man das weibliche Geschlecht zurückzusetzen anfing, die Entwickelung dieses Rechtssatzes schon vollkommen zum Abschluß gekommen war.

17) Ulp. XXII, 18. § 1 I. de exhered. lib. Theophil. ad h. l. — Gai. Visig. II, 3 § 2 ist lediglich ungenau im Ausdruck.

18) Fr. 5 de iniusto rupto testamento.

19) Fr. 3 § 3 de iniusto. (Selbst wenn der Testator in feindlicher Gefangenschaft sich befindet, gilt das Gleiche: Fr. 15 eod. Fr. 22 §. 4 de captivis.) Demnach ist der Notherbe dem Testamente gegenüber nicht erst mit der Delation des Erbrechts berechtigt, sondern sobald er als solcher existirt. Man ist eben trotz des Satzes viventis nulla hereditas est technisch suus heres nicht blos mit dem Tode des Erblassers, sondern auch bei dem Leben desselben: Fr. 29 § 13. 14 de liberis et post.

20) Fr. 84 de acq. hered. Pap. (Der da ausgesprochene Satz: quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas gilt ganz allgemein.) Daraus ergibt sich, daß der den Erblasser überlebende, zum Erben Eingesetzte dann überhaupt nicht aus dem Testamente erben kann, wenn er vor der Niederkunft der Witwe stirbt. Gesetzt nun, der im Testament Eingesetzte ist suus des Testators, so kann dieser Rechtssatz die Folge haben, daß der Notherbe nichts erhält trotz dem, ihm ausdrücklich zur Seite stehenden letzten Willen des

Digitized by Google

schaft selber (dieselbe ist ein objektives Hindernis), nicht durch die irrige Meinung, welche der Delat von ihrem Vorhandensein hat: das, was diese irrige Meinung gemäß den allgemeinen Grundsätzen[21] hindert, ist der Antritt der Erbschaft[22]: hier ist sie ein

---

Vaters. Das ist zwar dann nicht der Fall, wenn er allein, ohne Miterben und ohne Substituten eingesetzt ist; denn da hier die Gewißheit, daß das Testament destitut werde, nach der günstigen Auffassung der römischen Jurisprudenz schon im letzten Momente seines Lebens sich herausstellt, so tritt die Intestaterbfolge ein in eben diesem Moment, er wird mithin ipso iure Erbe ab intestato. (So argumentirt entschieden Afrikanus in Fr. 16 de liberis.) Sind ihm dagegen Miterben oder Substituten beigegeben, so wird durch seinen Tod das Testament nicht destitut, er stirbt ohne testamentarischer und ohne Intestaterbe geworden zu sein. [Darauf bezieht sich der Anfang von Fr. 16 cit.: Si filius heres institutus sit omisso postumo filioque substitutus nepos ex eo sit, si interim moriatur filius postumo non nato, nepotem tam patri quam avo suum heredem futurum. Man hat darüber gestritten, ob postumo non nato zum Vorausgehenden oder zum Folgenden gehöre, d. h. ob von dem Fall die Rede sei, wo die Witwe überhaupt keinen postumus, oder von dem andern, wo sie ihn nach dem Tode des eingesetzten Sohns gebiert. Schon Cujaz hat richtig erkannt, daß der letzte Fall in Frage stehe: denn wenn kein postumus geboren wurde, war der eingesetzte Sohn ipso iure testamentarischer Erbe (es ist daher mit der Kriegel'schen Ausgabe zu interpungiren, wie geschehen, nicht mit andern Ausgaben: filius, postumo non nato und zu ergänzen: sed nato postea). — An denselben Fall, d. h. an das Vorhandensein von Miterben oder von Substituten, muß auch Papinian denken, wenn er in Fr. 84 cit. sagt: Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? So Francke p. 90; Unhaltbares bei Cujaz in den Post. ad 4, 1 Contra.]

21) Fr. 19. 22. 46. 51 p. de acq. hered.

22) Davon handelt ausführlich Ulpian in Fr. 30 § 1—8 de acquirenda hered. Er beginnt so: Quod dicitur: *proximus a filio postumo heres, dum mulier praegnans est aut putatur esse, adire hereditatem non potest, sed si scit, non esse praegnantem, potest* und würdiget hierauf die hervorgehobenen Worte einer sorgfältigen Exegese. Wofür sind dieselben zu halten? Die Glosse schreibt sie irgend einer lex zu, aber sie sind offenbar nichts anderes, als die in eine Formel gebrachte Rechtsregel der Jurisprudenz: gerade solche pflegen mit Quod dicitur eingeführt zu werden (Fr. 12. Fr. 14 § 1 de liberis. Fr. 6 § 2 de heredib. instit. Fr. 4 p. Fr. 19 contra. Gaius III, 180). — In § 3 werden die Worte si putatur esse praegnans exegesirt; am Schluß heißt es nach unseren Ausgaben: Quid, si ipse putat solus,

Digitized by Google

subjektives Hindernis für den Irrenden[23]. Die aus diesen Prinzipien des civile ius sich ergebenden, augenfälligen Verletzungen des aequum ius beseitigte erst das prätorische Recht[24].]

4) Die Ruptur tritt mit dem Erscheinen eines jeden postumus suus ein; Sohn, Tochter und Enkel stehen sich gleich[25].

5) Die Bedeutung der Ruptur ist absolute Vernichtung des Testaments. Demnach kann daraus gar nichts gefordert werden, selbst kein Legat[26]; das Testament bleibt ungültig, auch wenn der postumus vor dem Erblasser stirbt[27], und es tritt, sofern der Testator kein neues Testament macht, mit Nothwendigkeit Intestat-

---

Si iusta ratione ductus, non potest adire, si secundum multorum opinionem, potest. Das hat in seinem zweiten Satze keinen Sinn; denn wenn er allein sie für schwanger hält, so kann er sie nicht dafür halten secundum multorum opinionem; das, was vernünftigerweise zu erwarten ist, ist der Gegensatz von iusta ratione ductus. Demgemäß wird zu lesen sein: Si iusta ratione ductus, non potest adire, si *secus* (in Handschriften secu'), secundum multorum opinionem potest. Irgend ein gedankenloser Abschreiber sah darin eine Dittographie.

23) Die Folge davon ist, daß der eingesetzte suus, weil er ipso iure erwirbt, Erbe wird trotz diesem Irrthum, während dagegen der emancipatus durch den Irrthum am Erwerb der Erbschaft schlechthin gehindert ist: Fr. 30 § 6. Fr. 84 de acquir. hered.

24) Ueberall nämlich, wo der Erbschaftserwerb dem eingesetzten Notherben (sei er civiler oder prätorischer) deshalb nach civile ius derzeit entzogen ist, weil ein postumus zu erwarten steht, da erhält jener die bonorum possessio contra tabulas aus der Person des zu erwartenden postumus (Fr. 84 de acq. h. Fr. 4 § 3 contra) und zwar als eine decretalis (das sagt Papinian in Fr. 84; Paulus in Fr. 4 hebt es zwar nicht besonders hervor, deshalb meint er aber keineswegs etwas anderes); ja sogar dann, wenn er starb, ohne sie gebeten zu haben, empfiehlt Julian die Ertheilung einer solchen bonorum possessio an seine Erben: Fr. 5 contra.

25) Ulp. XXII, 18; § 1 I. cit. Theophil. cod. l. In Folge davon hatte auch noch in späterer Zeit die postuma eine bessere Stellung als die sua iam nata: Gai. Visig. II, 3, 2.

26) § 1 I. cit. Fr. 5 de iniusto. C. 1 de postumis.

27) Fr. 12 p. Fr. 15 de iniusto. C. 2. 3 cit. Das ist erst auf dem Wege der secundum tabulas bonorum possessio durch ein Reskript des Kaisers Hadrian geändert worden: Fr. 12 p. cit. *Förster*, de bonorum poss. p. 125.

Digitized by Google

erbfolge ein. [Von dem beſonderen Fall des mehrere Grade habenden Teſtamentes ſpäter.]

6) Da der postumus im Teſtament nicht zum Erben ernannt werden kann, ſo hat der Teſtator kein Mittel, dieſe Ruptur zu verhindern. Der Satz: postumi agnatione testamentum rumpi iſt daher unbedingt und ohne Einſchränkung wahr.

Der zweite Schritt der Entwickelung des Notherbenrechts liegt in der Ausdehnung des eben beſprochenen Satzes postumi agnatione testamentum rumpi auf Solche, die keine postumi, aber dieſen innerlich verwandt ſind, die postumorum loco.

Es iſt nämlich möglich, daß Jemand nach Errichtung des Teſtaments suus des Teſtators in anderer Weiſe als durch Geburt werde, alſo ohne postumus im eigentlichen Sinne zu ſein.

Was zuerſt die möglichen Fälle betrifft, ſo laſſen ſich zwei Klaſſen derſelben unterſcheiden.

Die erſte Klaſſe umfaßt Diejenigen, welche zur Zeit der Teſtamentserrichtung zwar in der patria potestas des Teſtators, aber nicht als sui befindlich, bei dem, nach Errichtung des Teſtaments erfolgenden Wegfall bisheriger sui heredes[28] an die Stelle derſelben durch Nachrücken eintreten[29]. Dieſes Nachrücken kann, da

28) Dieſer Wegfall wird entweder durch den Tod oder durch capitis deminutio herbeigeführt: Ulp. XXIII, 3. Fr. 13 de iniusto. Fr. 28 § 1 de liberis. Da die nurus in manu filiifamilias als Enkelin von dieſem Sohne gilt, ſo rückt ſie nach beim Tode dieſes. Ob ſie auch dann in der Familie des Schwiegervaters bleibt, wenn dieſer den Sohn emanzipirt? Dafür ließe ſich die Analogie der patria potestas anführen; dagegen ſpricht, daß jene, während es von den Enkeln heißt, ſie ſeien in der patria potestas des Großvaters, konſtant als in manu filii befindlich bezeichnet wird. Iſt dieſe Beziehung juriſtiſch genau — und wir haben keinen Grund daran zu zweifeln — ſo ergibt ſich das ſachgemäße Reſultat, daß ſie in der Gewalt ihres Schwiegervaters nur folgeweiſe ſtehe und mit ihrem ausſcheidenden Manne daher ebenfalls ausſcheide

29) Von ihnen heißt es quasi agnascuntur sui heredes in suorum locum succedendo: Ulp. XXIII, 3. Fr. 13 de iniusto. § 2 I. de exhered. lib.

Digitized by Google

die Delation des Notherbenrechts in demſelben Moment wie die des teſtamentariſchen Erbrechts ſtattfindet, lediglich bis zur Delation aus dem Teſtament, alſo bis zum Tode des Erblaſſers erfolgen [30]. Nur eine ſcheinbare Ausnahme wird uns mitgetheilt. Wenn nämlich der in feindlicher Gefangenſchaft befindliche filiusfamilias nach dem Tode ſeines Vaters in der Gefangenſchaft ſtirbt, ſo rückt ſein Sohn, welcher in des Großvaters Gewalt bis zum Tode deſſelben ſtand, doch noch als Notherbe des Großvaters nach: das iſt in der Ordnung, denn im Grund hat es hier lediglich nachträglich ſich herausgeſtellt, daß dieſer Vater ſeinem Kinde niemals im Wege geſtanden [31].

---

30) *Fr.* 9 §2 *de liberis (Paul.):* Si filium exheredavero nepotemque ex eo praetericro et alium heredem instituero et supervixerit filius post mortem meam, licet ante aditam hereditatem decesserit, non tamen nepotem rupturum testamentum, Julianus et Pomponius et Marcellus aiunt. Dieſe Auseinanderſetzung zeigt, daß der vernünftige Satz des Textes durch die Erkenntniß der Jurisprudenz allmälig feſtgeſtellt wurde. — In Fr. 6 p. de iniusto gründet Ulpian die gleiche Entſcheidung auf den allgemeinen Satz: nam agnascendo quidem is rumpit, quem nemo praecedebat mortis tempore. In Fr. 13 eod. geht Gaius ebenfalls von der Vorausſetzung aus, daß die Succeſſion des Notherben lediglich bis zum Tod des Erblaſſers ſtatt habe. Papinian in Fr. 7 p. si tabulae erklärt, daß wenn der exheredirte Sohn nach dem Tode des Erblaſſers ſtirbt, während der eingeſetzte Erbe deliberirt und hierauf der letztere ausſchlägt, der Enkel ab intestato nachrücke (vergl. Anm. 6); danach fährt er fort: Ceterum etsi non sit exheredatus nepos, adiri poterit ex testamento heredilas a scripto herede, filio mortuo; quare qui non obstat iure intestati, iure testati videbitur obstitisse. Das heißt: wenn der exheredirte Sohn ſtirbt, während der eingeſetzte Erbe deliberirt, ſo kann der letztere doch noch antreten, weil nach dem Tode des Großvaters der Enkel für das Notherbenrecht nicht mehr nachrückt, „während daher der enterbte, erſt nach dem Tode des Erblaſſers wegfallende Sohn dem Inteſtaterbrecht des Enkels nicht im Wege ſteht, ſteht er dem Notherbenrechte deſſelben entgegen.“ C. 34 de inofficioso testam. C. 2 de liberis praeteritis.

31) Am klarſten ſpricht ſich Ulpian in Fr. 6 § 1 de iniusto aus: Sed si pater eius, qui mortis avi tempore in utero fuit, apud hostes erat, nepos iste, patre in eadem causa decedente, post mortem avi succedendo testamentum rumpet, quia suprascripta persona ei non obstat; nec enim creditur in rebus humanis fuisse, quum in ea causa decedat (daß hier vom postumus geſprochen wird, iſt lediglich eine Zufälligkeit des erörterten Falles; bei dem nepos iam na-

Digitized by Google

Die zweite Klasse wird von Denjenigen gebildet, welche zur Zeit der Errichtung des Testaments nicht Hauskinder des Testators, erst nach derselben in seine väterliche Gewalt als sui, und zwar in anderer Weise als durch Geburt, eintreten. Hierher gehören:

1) Die nach der Testamentserrichtung als sui angenommenen Fremden, also arrogirte und adoptirte, desgleichen die erst nach dieser Zeit in die manus genommene Ehefrau [32].

2) Die nach Errichtung des Testaments in die patria potestas des Testators zurückfallenden Kinder. Nämlich

a) das von dem Vater aus der Gewalt entlassene und wiederum adoptirte Kind;

b) das nach dem Testament aus feindlicher Gefangenschaft zurückkehrende Hauskind [33];

c) der in das mancipium gegebene Hausſohn, welcher nach

---

tus verhält sich die Sache ebenso). Danach also gilt der in der Gefangenschaft gestorbene Sohn als mit seiner Gefangennehmung rechtlich verschwunden. Vollkommen einig darüber war man jedoch nicht; noch Gaius I, 129 zeigt, daß nach einer andern Ansicht ein solcher als erst mit seinem Tode weggefallen angesehen wurde und auch Sſävola (Fr. 29 § 14 de liberis) betrachtet die obige Auffassung als eine gewagte, wenn sie sich auch vertheidigen lasse. Hierher gehört auch Fr. 9 § 2, wenn es nach den in der vorigen Anmerkung hervorgehobenen Worten fortfährt: Diversumque est, si in hostium potestate filius sit et decesserit in eodem statu; rumpit enim in his casibus nepos testamentum, quod moriente avo filii ius pependerit, non abscissum, ut in superiore casu, fuerit. Auch Paulus erkennt hier das Nachrücken des Enkels an, nur ist der von ihm angegebene Grund völlig dunkel. Denn danach soll der Enkel nachrücken, weil bei des Großvaters Tode das Recht seines Vaters noch nicht abgeschnitten ist. Was soll das heißen? Man erwartet vielmehr den Gedanken, es rücke derselbe nach, weil sein eigenes Recht bei dem Tode des Großvaters noch nicht beseitiget, sondern im Ungewissen war. Diesen Sinn nun bringt eine gute, weil einfache, Konjektur von Antonius Faber; er nämlich schlägt vor, statt quia moriente avo *filii* ius pependerit zu lesen *illius* ius; dieser ille ist der Enkel.

32) Gai. II, 138. § 2 I. quibus modis testamenta.

33) Fr. 29 § 6. Fr. 31 de liberis. Fr. 6 § 1 de iniusto. § 4 I. de hereditatibus, quae ab intestato. [Fr. 10 de iniusto widerspricht nicht.]

Digitized by Google

der ersten oder zweiten mancipatio von Demjenigen, in cuius mancipio est, manumittirt wird [34].

3) Die letzte Kategorie fügte erst das Recht der Kaiserzeit hinzu; sie umfaßt diejenigen vom Testator erzeugten, ursprünglich gewaltfreien Kinder, welche nach Errichtung des Testaments in die patria potestas ihres Vaters zum ersten Male eintreten. Fälle:

a) Die einem, vor Hadrian erlassenen Senatuskonsult entstammende erroris causae probatio, welche die Familie in die Civität erhebt und patria potestas über die Kinder bringt [35].

b) Die auf einem, unter Hadrian erlassenen Senatuskonsult beruhende anniculi causae probatio, dem infolge der lex aelia und der lex iunia latinus gewordenen Freigelassenen zustehend, mit der gleichen Wirkung wie im vorigen Fall [36].

c) Wenn ein Hausſohn, dessen Kind in des Großvaters Gewalt sich befindet, iure militari testirt hat, so wird dieses Kind mit dem Tode seines Großvaters gemäß den allgemeinen Grundsätzen suus heres seines Vaters und ist daher jenem Testament gegenüber postumi loco [37].

d) Das im Konkubinat erzeugte Kind fällt nicht in die väterliche Gewalt. Allein die seit Konstantin's Zeiten entstandenen, bekannten Formen der Legitimation bringen die väterliche

34) Denn der Sohn fällt dann in die patria potestas zurück, wird also wieder suus heres: Ulp. XXIII, 3. Coll. XVI, 2 § 6. Gai. II, 141. Dagegen bei in das mancipium gegebenen Töchtern oder Enkeln ist dieser Fall nicht möglich: *Fr.* 8 *de iniusto (Ulp.)*: Filia quum emancipatur vel nepos, quia una mancipatione exeunt de patris potestate, testamentum non rumpunt.

35) Gai. I, 67 sq. III, 5. Coll. XVI, 2 § 4. 5.

36) Gai. I, 29—32, 65, 66. III, 5. Ulp. III, 3. Coll. l. l.

37) In Fr. 28 § 1 de liberis sagt Tryphoninus von diesem Fall: Non quidem adoptavit nec hodie ei natus est filius nec priore subducto de potestate suo herede ulterior successit in proximum locum, sed tamen in potestate sua habere coepit quem non habebat, simulque paterfamilias factus est et filius sub eius recidit potestate; rumpetur ergo testamentum.

Digitized by Google

Gewalt nachträglich, machen also das Kind nachträglich zum suus heres.

Alle diese, in den beiden eben erörterten Klassen stehenden sui heredes hatten an dem Satze postumi agnatione testamentum rumpi deshalb ursprünglich keinen Antheil, weil sie eben keine postumi waren. Ihre Stellung war auch anscheinend insofern eine günstigere, als in der Zeit, bevor sie sui wurden, ihrer Einsetzung im Testament ein rechtliches Hindernis in der Regel nicht entgegenstand. Aber es war dabei andererseits zu erwägen: einmal, daß diese Einsetzung, selbst wenn sie erfolgt war, nicht mit der Absicht erfolgt sein konnte, den suus zu bedenken, daß also nicht die Rücksicht auf das eigene Haus, sondern lediglich die Zuneigung zu einem Fremden dabei den Maßstab abgegeben hatte; sodann, daß dieses Bedenken aus dem gleichen Grunde nur ein rein zufälliges, thatsächlich in der Regel nicht vorhanden war. Derartige Erwägungen mögen für die Jurisprudenz maßgebend gewesen sein, als sie die genannten Personen in das Notherbenrecht aufnahm. Sie that das auf dem Wege der Analogie. Indem sie von ihnen insgesammt erklärte, sie seien postumorum loco [38] und von ihnen sagte: quasi agnascuntur [39], kam sie zu dem bedeutsamen Resultate, daß der Satz postumi agnatione testamentum rumpi mit allen seinen Konsequenzen auf sie anwendbar sei [40].

38) Fr. 13 de iniusto. § 2 I. de exhered. liberorum.

39) So von der adoptio: Gai. II, 138. § 2 I. quibus modis testamenta; von der in manum conventio: Gai. II, 139; von der erroris causa probatio: Gai. II, 142; von dem, qui in locum sui heredis succedit: Fr. 13 p. de iniusto. In weniger sorgfältiger Rede sagt man auch hier agnatio (Fr. 8 p. de iniusto) und heutzutage pflegt man namentlich bei den Adoptirten nicht selten zu vergessen, daß ihre Verwandtschaft lediglich eine quasi agnatio ist.

40) Ulp. XXIII, 23. § 2 I. de exhered. Theophil. eod. l. Fr. 8 p. de iniusto. Demgemäß wird diese Ruption auch nicht durch die im Testament vorhandene Institution verhindert: Gai. II, 140. 141, und es folgt weiter daraus, daß durch die Emanzipation des Sohns ursprünglich mit Nothwendigkeit das väterliche Testament rumpirt wurde, nicht aber ebenso durch die der Tochter oder des Enkels (Anm. 34).

Digitized by Google

Eine dritte Stufe der Fortbildung führt zu den schon bei der Testamentserrichtung vorhandenen sui heredes. Hier ist das Verhältnis insofern ein wesentlich anderes, als weder eine rechtliche Unmöglichkeit der Einsetzung entgegensteht, wie bei den postumi, noch auch die Betreffenden zur Zeit der Testamentserrichtung der Familie des Testators nicht angehören, wie die meisten quasi postumi: demnach auch in der Uebergehung ganz füglich ein Ausschluß kraft des Willens des Erblassers enthalten sein kann. Dagegen besteht bei einer solchen Präterition die Möglichkeit,

a) daß dieser Wille in Wahrheit dennoch fehlt, weil der Testator von der Existenz des suus keine Kenntnis hat;

b) daß dieser Wille zwar vorhanden, aber so geartet ist, daß er wider die natürliche Pflicht des paterfamilias verstößt.

Es kam eine Zeit, welche das Bedürfnis fühlte, jenes Uebermaß von Testirfreiheit, wie es die Zwölftafeln hingestellt hatten, auch nach dieser Seite hin zu beschränken. Die Art, wie hier — und zwar entschieden vor Cicero's Zeit[41] — abermals von der Jurisprudenz[42] eingeschritten wurde, erschuf das formelle Notherbenrecht. Sie

41) Aus Cicero's Erzählung de oratore I, 38 hat man folgern wollen, es sei bis dahin die Präterition des lebenden Sohnes ein gültiger Rechtsakt gewesen und lediglich durch die damals sich zuerst entwickelnde Praxis des Gerichtshofs zu einem ungültigen geworden (*Schulting* ad Gai. II, 3 und ad Ulp. XXIV, 12; Bachofen, die lex voconia § 14). Aber die Auseinandersetzung bei Cicero hat im Gegentheil den Satz, daß ein Hausſohn nicht präterirt werden dürfe, als das anerkannte Recht der damaligen Zeit zur Voraussetzung (vgl. Anm. 166 ff.). Ueberhaupt weisen die Dinge auf eine ziemlich bedeutend frühere Entstehung des Notherbenrechts hin, als man gewöhnlich anzunehmen pflegt: *a*) der Satz postumi agnatione testamentum rumpi ist sehr viel älter als Cicero (Anm. 16); *b*) das formelle Notherbenrecht überhaupt muß bedeutend älter sein als die querela inofficiosi testamenti, welche ihrerseits zu Cicero's Zeit bestand; *c*) es ist vermuthlich älter als die lex voconia (Anm. 64); *d*) zu der Zeit als die bonorum possessio contra tabulas eingeführt wurde, muß das civile Notherbenrecht schon geraume Zeit bestanden haben.

42) Daß wir es auch hier mit einer Schöpfung der Jurisprudenz zu thun haben, zeigt die ganze Art der Abhülfe, namentlich der Umstand, daß die Form der Exheredation ganz und gar durch Raisonnement festgestellt wird.

Digitized by Google

forderte nämlich als rechtliche Nothwendigkeit, was zuverläſſig ſchon vorher in vielen Teſtamenten thatſächlich ſich vorfand[43], daß der Ausſchluß dieſer Familienglieder von der Zahl der heredes im Teſtament nicht ſtillſchweigend erfolge durch Uebergehung, ſondern ausdrücklich durch Enterbung. Sui heredes — heißt es jetzt — aut instituendi sunt aut exheredandi[44]. Eine Erklärung der Bedeutung dieſes Erforderniſſes geben die Quellen nirgends[45]. Meines Erachtens liegt darin die Anforderung:

daß der paterfamilias über die sui heredes ein Urtheil im Teſtament ausſpreche[46], entweder ſie ehrend durch den

---

43) Aehnlich wie bei den Fideikommiſſen, von denen wir gewiß wiſſen, daß ſie in den römiſchen Teſtamenten ſchon zu einer Zeit gefunden wurden, wo von ihrer rechtlichen Wirkſamkeit noch keine Rede war.

44) Ulp. XXII, 14. p. I. de exh. lib. Vergl. Fr. 30 de liberis et postumis.

45) Die herrſchende Anſicht findet in Fr. 11 de liberis et post. einen Verſuch des Juriſten, das formelle Notherbenrecht innerlich zu begründen. Aber Paulus beſchäftiget ſich ausſchließlich mit der Frage, warum die sui heredes ipso iure Erben werden. Er findet [wie Andere: Gai. II, 157; § 3 I. de hered. quae ab int.; Fr. 7 p. de bonis damnatorum, wo ſtatt dem indictum der Florentina und dem indicatum ihrer Korrektur zu leſen ſein wird inditum] den Grund der Erſcheinung darin, daß jene ſchon bei Lebzeiten des paterfamilias als Herrn des Vermögens gewiſſermaßen betrachtet werden können [das iſt durchaus nur vergleichungsweiſe zu verſtehen, wie hier auch nur geſagt iſt und wie es in den Inſtitutionen von ihnen heißt et statim morte parentis quasi continuatur dominium; es ſteht damit ähnlich wie mit dem angeblichen Eigenthum der Ehefrau an der dos und es mag daran erinnert werden, daß Ulpian in Fr. 1 § 12 de succes. ed. ſogar von allen zur Erbfolge berufenen liberi et parentes überhaupt ſagt: paene ad propria bona veniunt]. Dieſe Auffaſſung der Sache als quasi dominium, fügt er hinzu, wird auch dadurch nicht widerlegt, daß der Vater das Kind enterben kann, kann er es doch urſprünglich ſogar tödten. Demnach wird hier nicht etwa die Natur des Notherbenrechts erörtert, ſondern ein, von dem Enterbungsrecht des Vaters gegen die Idee des quasi dominium beim Kind entlehnter Grund beſeitiget.

46) Vergl. Fr. 16 § 3 de curatoribus furioso. Fr. 12 § 6 de bonis libert.

Digitized by Google

honor der Erbeseinsetzung[47] oder sie für unwürdig erklärend durch die nota der Enterbung[48].

Durch diese Form wird das Eine im Wesentlichen erreicht, daß das Testament selber den Beweis liefert, es habe der Testator den suus nicht aus Irrthum ausgeschlossen. Dagegen der weiteren Anforderung, daß dieser Ausschluß keine materielle Ungerechtigkeit enthalte, wird in Wahrheit noch nicht entsprochen. Zwar so viel ist gewonnen, daß ein Urtheil ausdrücklich gesprochen werden muß: aber immer noch gilt dieses väterliche Urtheil, gemäß dem Geiste der alten väterlichen Gewalt, unbedingt, ohne irgend einer Kontrole zu unter-

47) Jedes Bedenken des Andern im Testament galt von jeher als honor; und zwar vor Allem die Erbeseinsetzung: Fr. 26 p. si quis omissa. Fr. 5 § 6 de legatis praest. C. 4 § 2 de liberis praet. Cicero, philip. II, 16; desgleichen die Zuwendung eines Legats: Cic. philip. II, 16, pro domo cap. 32. Plin. ep. VII, 20. Fr. 3 § 2 de leg. praest. C. 4 § 2 cit.; aber die hereditas ist der plenior honor: Fr. 5 § 6 de leg. praest. Apuleius, apolog. II p. 592 (Oudend.). — Vom Vater zum Erben eingesetzt werden bezeichnet Ulpian als iudicium patris merere: Fr. 1 § 6 de collatione.

48) Der gewöhnliche Fall wird als nota exheredationis bezeichnet: Fr. 8 p. Fr. 20 p. de b. p. contra tabulas. Fr. 1 § 5 de adsign. libert. Fr. 47 p. de bonis libert. Fr. 1 p. de coniung. C. 10 de testamento mil. Theophil. ad p. I. de exhered.; der Testator erklärt dadurch den Betreffenden für indignus etwas zu erhalten: Fr. 12 § 6 de bonis libert. und für einer iniuria würdig: C. 4 de liberis praet. C. 24 de legatis. Das gilt auch für die exheredatio postumi: in der Enterbung des nepos postumus liegt ein, von den Eltern auf das Kind übertragener Tadel dieser Ehe, Fr. 3 § 5 de b. p. contra tabulas; in der Enterbung des eigenen postumus ist eine nota zu erkennen, welche von der Mutter auf das Kind übertragen wird (vergl. auch Val. Max. VII, 7, 3). So der allgemeine und regelmäßige Charakter. Allerdings kann die exheredatio auch non notae causa erfolgen; aber das ist nur die Ausnahme, welche sich aus den Umständen zu ergeben hat, namentlich aus der Zuwendung von Vermächtnissen oder der Versorgung unter Lebendigen, verbunden mit Angabe des Enterbungsgrundes: Fr. 18 de liberis et post. Fr. 12 § 2. Fr. 47 p. de bonis libert. Ein Beispiel der non notae gratia facta exheredatio bringt in Fr. 61 de heredib. instit. Modestinus: te autem, filia, ideo exheredavi, quoniam contentam esse dote [vielleicht dote te] volui. Vergl. Fr. 16 § 2 de curatoribus furioso.

Digitized by Google

liegen[49]. **Beobachtet nur der Testator die ihm aufgelegte Form der Erheredation, so ist er im Uebrigen so frei wie früher.** Weil nun der Jurisprudenz selber das Unzureichende ihres Auskunftsmittels natürlich nicht entging, deshalb legte sie gewiß schon früh ihrer Thätigkeit jenes Prinzip zu Grunde, welches Scävola keinesfalls neu erfand, vielleicht aber zum ersten Mal in den Worten formulirte: exheredationes non esse adiuvandas[50]. Nicht also aus dem Grunde entwickelte man jene spitzfindige Form der Erheredation, um einem frivolen Spiele des Formalismus zu huldigen, sondern im Dienste der Gerechtigkeit.

Wenn nun dieser formellen, an spätere Stelle zu entwickelnden Anforderung in dem väterlichen Testament nicht genügt ist, so tritt nach dem ältesten Recht, von welchem wir wissen[51], folgende Wirkung ein.

Das Recht des filiusfamilias ist ein anderes und besseres als das der übrigen sui heredes, also der Töchter und der Enkel.

---

49) Spezielle Beschränkungen des Erheredationsrechtes finden sich vor Justinian nur vorübergehend. So hatte Kaiser Augustus ein Edikt erlassen, wonach der filius miles gar nicht erheredirt werden durfte; dasselbe war jedoch schon zu Paulus' Zeit wieder aufgehoben: Fr. 26 de lib. et post. So ferner bestimmte Majorian, daß Töchter nicht vor ihrem 40. Lebensjahr zum Keuschheitsgelübde bestimmt werden dürften und daß, wenn ein Vater eine solche deshalb erheredirt hat, weil sie seiner Bestimmung zuwider sich dennoch verheirathete, die Erheredation rechtlich einer Präterition gleich stehen solle: Nov. Maior. tit. VI § 3. — Eine Kontrole liegt erst mittelbar in dem ebenfalls durch die Praxis des Centumviralgerichts gethanen Schritt der querela inofficiosi testamenti. Der Gedanke dieser ist die Prüfung der Frage, ob der Erblasser pflichtmäßig und daher vernünftig gehandelt habe, als er gewisse nahe Verwandte, zu denen natürlich auch die sui gehören, in formell nicht anzufechtender Weise selbst von einer bestimmten kleinen Quote ihres Intestaterbtheils materiell ausschloß.

50) Fr. 19 de liberis et postumis.

51) Die Einen vermuthen, es habe ursprünglich überhaupt nur der *filius suus* Notherbenrecht gehabt. Andere dagegen nehmen an, das allen sui überhaupt gleich anfangs zustehende Notherbenrecht sei für alle ursprünglich gleich gewesen (Förster p. 81). Beiden Aufstellungen fehlt eine jede äußere und innere Begründung.

Digitized by Google

Die Uebergehung des ersteren, also des filiusfamilias, hat Ungültigkeit des Testaments zur zweifellosen Folge[52]. Lediglich über den Zeitpunkt ihres Eintritts waren nach Gaius Zeugnis[53] die beiden Juristenschulen verschiedener Meinung[54]. Zufolge der Ansicht der Prokulejaner nämlich ist ein solches Testament von Anfang an gültig und wird erst dann ungültig, wenn der übergangene Sohn im Augenblick des Todes des Erblassers noch als Notherbe vorhanden ist[55]. Dagegen stellen die Sabinianer als Regel hin — und die Pandekten sind in ihrem Sinne excerpirt[56] — ein so geartetes Testament sei ungültig von Anfang an[57]. Nach diesen zweiten Auffassungen sind also die Erbeseinsetzungen, Legate und Freilassungen ungültig[58] und natürlich ebenso die Erheredationen[59]. Ein früheres Testament wird durch dieses nicht rumpirt[60]: ist kein

52) Inutile testamentum: Gai. II, 123; p. I. de exhered. lib.; Fr. 30 de liberis (Gaius); non valet testamentum: Ulp. XXII, 16; Fr. 16 § 1 de vulgari (Pomp.); Fr. 7. Fr. 31 de liberis (Paul.); Gai. Vis. II, 3 p.; iniustum testamentum: Fr. 3 § 3 de iniusto (Ulp.); Fr. 6 § 1 de liberis (Ulp.); non iure factum testamentum: Fr. 13 de iniusto (Gai.). Papinian in Fr. 1 de iniusto unterscheidet; als non iure factum stellt er dasjenige Testament hin, dem die äußere Form fehlt, als nullius momenti das andere, in welchem der Sohn übergangen ist.

53) Gai. II, 123.

54) Uebrigens kann die Kontroverse füglich älter sein als die beiden Schulen.

55) Aus dieser Auffassung folgt: *a*) das Testament wird praktisch wirksam, wenn der Sohn im Augenblick des Todes des Erblassers weggefallen ist, sei es durch Tod oder durch capitis deminutio (vergl. Gaius a. a. O.); *b*) ein früher errichtetes Testament ist durch dieses jedenfalls rumpirt.

56) Nur eine Stelle der Pandekten weist meines Wissens auf das Vorhandensein der Streitfrage hin: Fr. 8 de liberis (Pomponius). Die Institutionen sagen kategorisch, das Testament sei von Anfang an ungültig: p. I. de exhered. liberorum.

57) Sie werden dabei dem Vorbilde des Satzes postumi agnatione testamentum rumpi gefolgt sein; denn darin liegt der Gedanke: das Testament ist ungültig, sobald der suus vorhanden ist.

58) Fr. 17 de iniusto rupto testamento.

59) Fr. ult. de liberis et post. Fr. 1 § fin. si tabulae test.

60) Fr. 7 de liberis. Fr. 16 § 1 de vulgari.

Digitized by Google

ſolches vorhanden, ſo tritt Inteſtaterbfolge ein. Das einmal ungültig errichtete Teſtament bleibt ungültig, auch wenn der präterirte Hausſohn vor dem Vater ſtirbt[61]. Nur einer Beſchränkung unterliegt dieſer Grundſatz von der abſoluten Ungültigkeit des Teſtaments; wenn daſſelbe nämlich mehrere Grade hat, ſo wird jeder derſelben ſo behandelt, wie wäre er ein eigenes Teſtament und es iſt demnach nur derjenige Grad ungültig, bei welchem die Präterition ſich findet[62].

Wenn dagegen zwar kein Sohn, wohl aber ein anderer Notherbe, alſo Tochter oder Enkel, präterirt wurde, ſo iſt Nichtigkeit des Teſtaments niemals die Folge; dieſes beſteht vielmehr zu Recht und es bleiben daher die Erbeseinſetzungen, die Enterbungen, die Legate, die Freiheitsertheilungen u. ſ. w. gültig[63]. Dem Rechte

61) p. I. de exh. lib. Fr. 7. 8 de liberis et post.

62) Die Juriſten pflegten zu ſagen: eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere (Fr. 14 § 1 de liberis). Wenn daher der Sohn im erſten Grad präterirt, beim zweiten dagegen entweder inſtituirt oder erheredirt iſt, ſo beginnt das Teſtament mit dem zweiten Grad: inde incipit testamentum, ubi filius est exheredatus (Fr. 75 de her. inst.; Fr. 3 § 6 de liberis; Fr. 43 § 2 de vulgari). Iſt er dagegen bei dem erſten Grad erheredirt, bei dem zweiten präterirt, ſo iſt der erſte Grad gültig, der zweite ungültig (Fr. 8 de liberis). Iſt er endlich bei dem erſten Grad inſtituirt, ſo iſt das ganze Teſtament natürlich gültig, wäre er auch bei den folgenden Graden präterirt, denn er iſt ja nicht verletzt (Fr. 14 § 1 cit.; daſſelbe gilt ſachgemäß auch dann, wenn der Sohn in dem erſten Grad unter einer Poteſtativbedingung eingeſetzt iſt: Fr. 4 § 2 de hered. instituendis. Francke p. 71. 72). — Uebrigens ergibt ſich aus der Darſtellung dieſer Stellen, insbeſondere aus der Art, wie Ulpian in Fr. 3 § 6 ſich auf die Auktorität von Sabinus, Caſſius und Julianus beruft, mit ziemlicher Sicherheit, daß auch eine andere Anſchauungsweiſe beſtanden hat; welche freilich, iſt nicht mit Sicherheit zu ſagen. Francke p. 81 und die da angeführten älteren Juriſten glauben, die oben hervorgehobene Anſicht der Prokulejaner (die in Fr. 3 angeführten ſind insgeſammt Sabinianer) habe zu dem Reſultat geführt, daß der übergangene, im Augenblick des Todes des Erblaſſers lebende Sohn den Grad rumpire und daher Erbe werde gegen dieſen Grad (tollendo primum gradum sibi locum facit).

63) Testamentum valet: Gai. II, 124; Ulp. XXII, 17; non infirmatur: p. I. de exheredatione lib.; Theophil. eod. l.; stat: Gai. Visig. II, 3, 1; non rumpitur: Lex Rom. Burgund. XLIV. Daher kann Sävola in Fr. 29 § 10 de liberis von Enkel und Urenkel ſagen praeteriri possunt, ohne entfernt an

jener Notherben aber wird dadurch entsprochen, daß sie so behandelt werden, wie wären sie im Testamente ebenfalls eingesetzt. Scriptis

---

die Abläugnung ihres Notherbenrechtes denken zu wollen. — Aber aus welchem Grunde ist die Präterition der Töchter und der Enkel von geringerer rechtlicher Wirkung als die des Sohnes? Die Quellen geben darüber keine Auskunft. Das römische Recht hatte eben eine Periode, in welcher überhaupt die Tendenz vorwaltet, dem Sohne als dem künftigen Haupte des Hauses eine rechtlich bedeutendere Stellung einzuräumen als Töchtern und Enkeln. Das ist jene Zeit, in welcher man den Zwölftafelsatz si pater filium ter venunduit, filius a patre liber esto auf den Sohn einschränkend, Töchter und Enkel durch einmaligen Verkauf vom väterlichen Hause getrennt gelten ließ. Dieser Richtung und dieser Zeit wird auch die hier fragliche Unterscheidung angehören. Erst eine spätere, von dieser verschiedene Periode hatte die Tendenz, die Frauen — und zwar ohne nächste Beziehung auf das römische Haus — im Erbrechte zurückzusetzen gegen die Männer. In der lex voconia mag diese Richtung ihren frühesten Ausdruck gefunden haben, sie ist von da in das prätorische Edikt übergegangen und sogar die legitima hereditas ist von der Interpretation in diesem Sinne beschränkt worden. Schon Förster p. 81 sq. hat auf die Möglichkeit eines Zusammenhanges des hier in Frage stehenden Satzes mit der lex voconia hingewiesen und Bachofen (die lex voconia p. 57 ff.) hat es versucht, die nähere Begründung davon herzustellen. Jenes vokonische Gesetz bestimmt, daß ein in der ersten Klasse Censirter Frauen überhaupt nicht zu Erben einsetzen dürfe, selbst nicht seine Tochter, daß er jedoch berechtigt sei, denselben Legate zuzuwenden bis zum Betrage der Hälfte der Erbschaft. Bachofen meint nun, wenn der Töchter habende paterfamilias testire, so werde schon durch die Existenz des Testaments so viel wenigstens erwiesen, daß ihnen der Vater keinesfalls mehr als die Quote des Vermögens habe zukommen lassen wollen, welche er nach der l. voconia in der Form des Legats ihnen noch zuwenden konnte; das Centumviralgericht habe nicht annehmen können, daß der Vater aus Irrthum ein Testament gemacht, wohl aber, daß er in demselben aus Irrthum seiner Tochter nicht so viel zugewendet habe, als ihm nach den Regeln jenes Gesetzes möglich war. Daher sei jene eigenthümliche Akkrescenz erfunden worden, wodurch die Töchter, und zwar als Miterbinnen, diejenige Quote erhielten, welche sie als legatariae partiariae hätten erhalten können. Aber ich glaube, daß keine derartige Verknüpfung dieser Rechtssätze bestand. Ich will kein Gewicht darauf legen, daß nicht füglich einzusehen ist, weshalb es leichter sein soll zu fingiren, der Testator habe aus Irrthum kein Legat vermacht, als er habe überhaupt aus Irrthum testirt. Auch der Umstand soll nicht betont werden, daß die voconia nur auf die in erster Klasse Censirten sich bezieht, das Notherbenrecht dagegen auf alle Bürger überhaupt; denn dagegen ließe sich auf das Beispiel der Intestaterbfolge hinweisen

Digitized by Google

heredibus accrescunt, ist die technische Bezeichnung[64], wodurch zugleich die Natur ihres Rechts charakterisirt ist. Denn da sie, wenn überhaupt erbend, sui heredes sind, so erwerben sie ipso iure als necessarii heredes[65]; da sie als scripti heredes gelten, so haben sie von den Legaten den auf ihre Quote fallenden Theil zu entrichten[66]. Was die Größe der Quote betrifft, zu welcher sie erben, so unterschieden Interpretation und Praxis je nach der Art der eingesetzten Erben[67]. Sind diese nämlich ebenfalls sui heredes, so erhält ein jeder[68] Akkrescirende einen Kopftheil, d. i. also der Regel nach seinen Intestaterbtheil[69]. Waren dagegen extranei im Testa-

(Paul. IV, 8 § 22). Aber zwei andere Momente halte ich für entscheidend. Einmal nämlich würde in der voconia doch immer nur die Erklärung für die Stellung der Töchter erkannt werden können, nicht aber auch zugleich für die der Enkel, um welche es sich gerade ebenso gut handelt. Sodann wenn man das Recht der Töchter nach Maßgabe der voconia gestaltet hätte, so waren sie offenbar nicht als scriptae heredes zu behandeln, sondern eben nur als legatariae. Die Sache wird sich umgekehrt verhalten: weil die voconia das so gestaltete Notherbenrecht der Töchter vorfand, deshalb war jener leidlich rohe Satz von der absoluten Einsetzungsunfähigkeit der Frauen allenfalls erträglich.

64) Vergl. die Stellen der vorigen Anmerkung und Nov. Maior. VI, 3. Aber die Sache ist eben doch nur eine Fiktion; in Wahrheit erben hier testamentarische und Intestaterben friedlich nebeneinander.

65) Daraus wird folgen: dieselben verbleiben rechtlich auch dann testamentarische Erben, wenn die instituti heredes insgesammt ausschlagen. Demnach bleiben in diesem Falle die Legate und die Erberedationen bestehen.

66) C. 4 p. de liberis praeteritis (Iust.). Demnach sind die den Akkrescenzerben selber im Testament zugewendeten Legate regelmäßig wie Prälegate zu behandeln.

67) Stellen der Anm. 63.

68) Nach Förster p. 88 soll lediglich die Gesammtheit der sui eine virilis portio erhalten. Dagegen hat sich mit Recht zuerst Bluntschli p. 38 und nach ihm Mühlenbruch p. 340, Bachofen p. 58 u. A. erklärt. Für die Ansicht des Textes spricht die gebrauchte Bezeichnung virilis pars, die Darstellung bei Theophilus [*εἰ δὲ σοῦοι, λαμβάνει τὸ ἀναλογοῦν, τουτέστι τρεῖς οὐγκίας, ὅσον ἤμελλε λαμβάνειν, εἴγε ἀδιάθετος ἐτελεύτησεν ὁ πατήρ*], welche geradezu auf den Intestattheil hinweist, und endlich der natürliche, innere Zusammenhang.

69) Daher behauptet Bluntschli mit Grund, daß Enkel desselben Stammes zusammen einen Kopftheil zu erhalten haben. Mehr als den Intestattheil

Digitized by Google

ment zu Erben ernannt, so sah man, weil die Anwendung der virilis portio absolut unthunlich war[70], sich veranlaßt, in der Art durchzugreifen, daß man die Erbschaft geradezu halbirte, die eine Hälfte der Gesammtheit der Akkrescenzerben gewährend, die andere den eingesetzten extranei belassend[71]. Sind endlich sui und extranei nebeneinander eingesetzt, so erfolgt konsequenter Weise für jede von beiden gesonderte Rechnung, und zwar für jede nach ihrem besonderen Prinzip[72].

Die vierte Entwickelungsstufe geht abermals zu den postumi und den quasi postumi zurück. Durch jenen Satz postumi agnatione testamentum rumpi war allerdings für das Interesse der Postumen in vollstem Maße gesorgt. Dagegen konnte der Umstand, daß in Folge desselben Satzes durch das Erscheinen eines

können die anwachsenden Notherben dann erhalten, wenn das Testament Erheredationen enthält. Den eingesetzten Notherben wird nach Maßgabe ihrer Institutionsportionen abgezogen, und zwar ohne Unterschied, auch dann, wenn sie lediglich auf ihren Intestattheil eingesetzt sind. Das läugnet zwar Mühlenbruch a. a. O., behauptend, daß wenn sui zu ungleichen Theilen eingesetzt sind, dem nur auf seinen Intestattheil eingesetzten nicht abgezogen werde, aber es folgt einmal aus der allgemeinen Vorschrift, sodann aus dem ersten Beispiel bei Paul. III, 4 B § 8 (Anm. 72).

70) Die virilis pars würde nämlich nicht, wie im ersten Fall, zum Intestaterbtheil, sondern, da die Zahl der eingesetzten extranei etwas ganz Zufälliges ist, zu einer ganz unbestimmten Quote geführt haben. Hätte man dagegen geradezu den Intestattheil als die Quote dieser Akkrescenz hinstellen wollen, so wäre man in der Regel gerade zu dem gekommen, was man vermeiden wollte, nämlich zum Ausschluß der eingesetzten extranei.

71) Das Schicksal aller extranei ist natürlich in der Regel gleich. Nur eine Ausnahme macht die Kaiserzeit; wenn nämlich der caesar von seinem Freigelassenen neben anderen extranei eingesetzt ist, so akkrescirt die sua zuvörderst ausschließlich den übrigen extranei und erst wenn sie auf diese Weise die ihr gebührende Hälfte nicht erlangen kann, für den Rest dem caesar: fragm. de iure fisci § 11.

72) *Paulus III*, 4 *B* § 8: Filio et extraneo aequis partibus heredibus institutis si praeterita accrescat, tantum suo avocabit quantum extraneo: si vero duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.

Digitized by Google

postumus jedes früher errichtete Teſtament ſchlechthin vernichtet wurde, bald nicht anders denn als eine, das Teſtamentsrecht in unerträglicher Weiſe unſicher machende Feſſel erſcheinen, welche man zu durchbrechen ſich verſucht fühlen mußte. Seitdem nun mit der Anerkennung eines Notherbenrechts des suus iam natus der Satz verbunden war, daß dieſem Rechte im Teſtamente ſelber ſowohl durch Inſtitution als durch Exheredation genügt werden könne: was lag da näher als der Gedanke, daß es bei den Poſtumen ganz ebenſo müſſe gehalten werden können, alſo auch ihnen testamentifactio einzuräumen ſei? In der That nahm das römiſche Recht dieſen Entwickelungsgang. Charakteriſtiſch iſt dabei, daß man auch hier, wie anderwärts, nicht mit Aufſtellung einer allgemeinen, der bisherigen entgegenſtehenden Regel begann, ſondern vielmehr, einen einzelnen Fall nach dem andern entſcheidend, vorſichtig und allmälig zu einem neuen Grundſatze ſich erhob. Drei Stufen der Entwickelung laſſen ſich hier unterſcheiden: die nach dem Tode des Teſtators geborenen eigentlichen Poſtumen, die bei ſeinen Lebzeiten geborenen, endlich die postumorum loco umfaſſend.

Für den erſten, den bei weitem dringendſten Fall[73], ſorgte nach dem Zeugnis von Ulpian[74] das civile ius, d. i. die Jurisprudenz, und auch hier nicht mit einem Male vollſtändig. Ihr erſter

---

73) Denn in den beiden anderen Fällen war dem Erblaſſer regelmäßig ein ſicheres, wenn auch wenig bequemes Mittel geboten in der Errichtung eines neuen Teſtamentes.

74) *Ulpianus XXII*, 19: Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes, siquidem post mortem nostram nascantur, ex iure civili: si vero viventibus nobis, ex lege iulia. Die Worte eos qui in utero sunt ſind nicht auf den Zeitpunkt der Teſtamentserrichtung zu beſchränken. Das erkennt derſelbe Ulpian ausdrücklich an in Fr. 4 de liberis und er ſowie andere Juriſten ziehen daraus ziemlich weitgehende Schlüſſe (Javolenus in Fr. 5 eod. Tryphoninus in Fr. 28 § 3 eod.). Desgleichen ergibt ſich aus dieſen Stellen, daß man ebenſo gut ſeine postumi ſchlechthin, als die von einer beſtimmten Frau zu gebärenden einſetzen kann.

Digitized by Google

Schritt bestand nämlich darin, daß sie die passive testamentifactio[75] derjenigen, erst nach dem Tode des Erblassers zur Welt Kommenden anerkannte, von denen es schon zur Zeit der Testamentserrichtung feststand, daß sie, wenn dereinst überhaupt geboren, als sui des Testators werden geboren werden, also der Postumen des ersten Grades und derjenigen des zweiten, deren Erzeuger schon in jenem Zeitpunkte nicht mehr lebte[76]. Der zweite Fortschritt auf diesem Gebiet knüpft sich an den Namen des Juristen Aquilius Gallus, des bekannten Zeitgenossen von Cicero. Nach dem Zeugnis von Skävola[77] war er es, der zuerst folgende Institutionsformel aufstellte:

> Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunto.

Das Neue dieser Formel besteht darin, daß sie es dem Großvater möglich macht, die als seine sui heredes zur Welt kommenden nepotes postumi zu einer Zeit zu Erben einzusetzen, wo ihr Erzeuger noch lebt. Demnach muß dem Notherbenrechte Zweier im Testament genügt sein. Zuerst dem des Sohnes: also durch gehörige Institution desselben oder durch gehörige Exheredation[78]. Zweitens dem

---

75) Was von der Fähigkeit, instituirt zu werden, gesagt wird, das gilt auch hier von selber für die Möglichkeit der Enterbung.

76) Auch diesen zweiten Fall nämlich umfassen die Worte Ulpian's und es hat die durch Aquilius erfolgende Fortbildung die Gültigkeit jenes zur Voraussetzung (das Gleiche nimmt an Bangerow p. 264 u. A.). Den Namen postumi legitimi, welchen man diesem Falle gegeben hat, sollte man ganz tilgen; denn, von der Ungeeignetheit der Bezeichnung abgesehen, ist man heutzutage darüber einig, daß nicht etwa ein Gesetz (noch Cujaz z. B. rathet auf die Zwölftafeln) diese Anerkennung hervorgerufen habe.

77) Fr. 29 p. de liberis et postumis.

78) Weil das keine besonderen Schwierigkeiten hatte, deshalb wird es bei der obigen Form als geschehen vorausgesetzt. Skävola kommt darauf erst in § 10; die Nothwendigkeit der Institution betonend, haben seine Worte den Schein, als wolle er die Zulänglichkeit der Exheredation in Abrede stellen (In omnibus

Digitized by Google

des Enkels: hier liegt der Kern der Sache. Da man die Einsetzung eines postumus alienus damals noch als schlechthin unzulässig ansah, so kam es darauf an, die Formel so zu gestalten, daß der Enkel als nur für den Fall eingesetzt erschien, wo er dem Großvater als suus geboren wurde: und gerade das drückt dieselbe mit vollkommener Präcision aus[79]. Uebrigens war auch diese Formel der Fortbildung fähig. Zuerst innerhalb des Falles, für welchen sie eingeführt war, ließ sie sich einfacher fassen[80]. Sodann stand im Sinne von Gallus selbst ihrer Anwendung auf den Urenkel nichts

---

his speciebus illud servandum est, ut filius duntaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus, nam frustra exheredabitur post mortem suam): aber auch nur den Schein. Wenn nämlich das Testament einfach lautet: Filius meus exheres esto. Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos etc., so ist der Sohn allerdings post mortem suam, also ungültig erheredirt. Dagegen: filius meus exheres esto; Titius heres esto; si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos etc. ist ein Testament, worin der Sohn gehörig enterbt ist und Titius nebst dem nepos postumus zu Erben eingesetzt sind. (Darüber hat man sich ganz ohne Grund gestritten, vergl. Mühlenbruch p. 198 ff.) Uebrigens bedarf es, um die Gültigkeit des Testaments zu sichern, nur der Berücksichtigung des Sohnes; nicht ebenso, wenn man den Urenkel mit der aquilischen Formel einsetzt, der Berücksichtigung des lebenden Enkels; denn die Uebergehung des letzteren bringt ja nicht Ungültigkeit des Testamente, nur Akkrescenz; daher fährt Scävola fort: quod non esse necessarium — in nepote certe et pronepote, quorum si liberi heredes instituantur, institutionem nunquam exigemus, quia possunt praeteriri.

79) Selbst noch Mühlenbruch p. 188 denkt sich die Sache so, als ob der eingesetzte Enkel zur Zeit der Testamentserrichtung als alienus postumus anzusehen sei. Aber zu dieser Zeit ist eben gar kein postumus vorhanden, weder ein suus noch ein alienus; die Einsetzung dagegen erfolgt lediglich für den einen Fall, daß er sofort als suus erscheint, also niemals alienus war.

80) So insbesondere konnte der Satz si filius meus vivo me morietur weggelassen und doch die Fassung so gestaltet werden, daß sie denselben Sinn behielt. In dieser Art versteht die Mehrzahl der Schriftsteller (vergl. die bei Mühlenbruch p. 195 Citirten) die ziemlich dunkeln Worte Scävola's in 29, 1: Quidam recte admittendum credunt, etiamsi non exprimat de morte filii sed simpliciter instituat, ut eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit. Eine andere, namentlich von Cujaz und Francke vertretene Auslegung geht dahin, es habe

Digitized by Google

im Wege[81]. Endlich spricht die aquilische Formel lediglich von dem Falle, wo bei Lebzeiten des Vaters der Sohn durch den Tod wegfällt, nicht auch von dem Wegfalle desselben durch capitis deminutio; nachdem jedoch die velleia lex in einem ganz analogen Falle auch diese Art der rechtlichen Beseitigung mit umfaßt hatte, trug die Interpretation kein Bedenken, das Prinzip jenes Gesetzes auf die aquilische Formel ebenfalls anzuwenden, in der Art, daß sie, selbst wenn nur der Wegfall durch den Tod ausdrücklich genannt war, doch auch die capitis deminutio darunter mitbegriff[82].

---

die Weglassung dieser Worte den Vortheil gebracht, daß nunmehr der Enkel auch dann für instituirt gelte, wenn der Vater anders als durch den Tod, z. B. durch Deportation, weggefallen sei; aber davon handelt Scävola doch wohl erst im fünften Paragraphen.

81) Hier sind namentlich drei Fälle möglich: *a*) zur Zeit der Testamentserrichtung ist der Sohn gestorben, der Enkel dagegen lebt; hierauf bezieht sich die Formel von § 2: si me vivo nepos decedat, tunc qui ex eo pronepos; *b*) der Sohn lebt, der Enkel ist gestorben; darauf geht die Formel von § 3: si me vivo filius decedat, tunc qui ex eo pronepos [daß vorher mortuo nepote zu lesen sei statt des handschriftlichen pronepote, ist allgemein anerkannt]; *c*) Sohn und Enkel leben, der Urenkel wird, nachdem jene beiden bei Lebzeiten des Testaters gestorben sind, nach dem Tode des letzteren als suus postumus geboren. Von diesem Falle spricht § 4: Num si et filius et nepos vivat, concipere poterit: utrisque mortuis vivo se, tunc qui pronepos nasceretur? Quod similiter admittendum est, si prius nepos deinde filius decederet, ne successione testamentum rumperetur. Scävola hebt hervor, daß diese Einsetzung des Urenkels doch nur dann rechtlichen Bestand habe, wenn der Enkel vor dem Sohn (also ohne jemals suus heres gewesen zu sein) gestorben ist; denn war er nach dem Sohne gestorben, so hatte er durch sein Nachrücken als quasi postumus das Testament rumpirt. Ganz auf denselben Rechtssatz bezieht sich auch der leidlich schlecht geschriebene achte Paragraph, wo statt der handschriftlichen Worte isque *viro* patre deinde avo nascatur nach dem übereinstimmenden Urtheil unserer Interpreten gelesen werden muß *mortuo* patre. [Ueberhaupt ist diese lex Gallus geeignet, den herkömmlichen Respekt vor der Florentina auf das gebührende Maaß zurückzuführen.]

82) Das sagt Fr. 29 § 5. Die Stelle scheidet die maior von der minima capitis deminutio; bei der maior spricht sie von Sohn und Enkel, bei der minima von Enkel und Urenkel: ist dieser Wechsel in den Personen zufällig? Offenbar **nicht. Noch zu Scävola's Zeit nämlich herrschte die Ansicht, daß das väterliche Testament durch die Emanzipation des Sohnes in jedem Falle rumpirt werde**

Digitized by Google

Der zweite Fall, alſo der, wo der postumus bei Lebzeiten des Teſtators geboren wird, fand zuerſt Berückſichtigung in einem Geſetz. Der Name dieſer lex iſt entweder iulia oder iunia velleia[83] und die Zeit ihres Erlaſſes entweder das Ende der Republik oder der Anfang der Kaiſerregierung[84]. Dieſes Geſetz verordnete in ſeinem

---

(alſo auch wenn der Sohn eingeſetzt war), während es bei der Emanzipation des Enkels gültig blieb. Nun iſt zwar gerade ſchon Scävola in dieſer Beziehung anderer Anſicht (vergl. Anm. 100); nichtsdeſtoweniger entnahm er ſein Beiſpiel von Enkel und Urenkel, damit nicht eine fremdartige Zweifelsfrage eingemiſcht werde. — In der Hauptſache hat ſchon A. Faber das richtig erkannt; Mühlenbruch, welcher dieſer Interpretation ſeine Zuſtimmung nicht verſagt, billiget doch zugleich eine andere, deren Kern darin beſteht, daß ſie jenen Satz von der Ruption des Teſtaments durch die Emanzipation des Sohnes, nicht aber durch die Emanzipation des Enkels, überſieht.

83) Gewöhnlich nennt man das Geſetz iunia velleia; Cujaz (ad fr. 29 § 12) und Mommſen (in Bekker's Jahrbuch II, 337) erklären ſich für iulia. Meines Erachtens läßt der Stand der Handſchriften keine Entſcheidung zu. In der Regel nämlich wird das Geſetz lediglich als velleia bezeichnet (Fr. 29 § 5. 6. 7. 11 de liberis; Fr. 3 § 1 de iniusto; Fr. 6 § 1 de heredibus instit.; Fr. 2 p. de vulgari); ein Mal findet ſich entſchieden iulia (Ulp. XXII, 19, wo man freilich gewöhnlich iunia korrigirt); ein Mal iunia velleia (Theophil. ad § 2 I. de exhered. lib., die Inſtitutionenhandſchriften dieſer Stelle haben beides, iunia und iulia); ein Mal iuna velleia (Fr. 10 § 2 de testam. tut.), eine Korruptel, in welcher die Meiſten iunia, Mommſen iulia erkennen. So weit liegt die Sache entſchieden zu Gunſten des Namens iulia: aber die Vertheidiger dieſer Bezeichnung haben eine Stelle nicht berückſichtiget, welche alles wieder zweifelhaft macht, nämlich Fr. 13 de iniusto. Hier wird ohne Variante geleſen idque lege iunia velleia provisum est und da dieſes Fragment dem zweiten Buche der Inſtitutionen des Gaius entnommen und gerade dieſer Stelle hinwiederum § 2 I. de exheredatione lib. nachgebildet wurde, ſo wird es überdies wahrſcheinlich, daß auch an letzter Stelle trotz Theophilus zu leſen ſei idque lege iunia velleia provisum est.

84) Die Unſicherheit des Namens macht eine genaue Zeitbeſtimmung ſo gut wie unmöglich. Mommſen entſcheidet ſich für eine lex tribunicia, erlaſſen von ſonſt unbekannten Tribunen der ſpäteſten Republik. Die gewöhnliche, von dem Namen iunia ausgehende Meinung denkt an eine, von Konſuln erlaſſene lex des Jahres 763; aber nicht einmal die Konſularfaſten geben hierfür einen genügenden Anhalt. Dem Jahre 780, an welches man wohl auch gedacht hat, ſteht entgegen,

Digitized by Google

ersten Kapitel, daß der Testator auch diejenigen Kinder, welche zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht vorhanden ihm bei seinem Leben[85] als sui geboren werden[86], solle einsetzen oder enterben können[87]. Es erweiterte also die testamentifactio der Postümen[88].

---

daß unter Tiberius Komitialgesetze überhaupt nicht vorkommen (Mommsen a. a. O.). Daß schon Labeo die velleia lex gekannt haben müsse, folgt aus Fr. 6 de liberis et post. keineswegs, obgleich man es behauptet hat.

85) Ulp. XXII, 19 (Anm. 74). Fr. 29 § 11 *de liberis:* Nunc de lege velleia videamus; voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum.

86) Fr. 29 § 12 cit. Das hier in Frage stehende, erste Kapitel des Gesetzes verlangte lediglich, daß das Kind suus des Testators sofort bei seiner Geburt sei (Fr. 29 § 5 eod. Fr. 3 § 1 de iniusto); daß es auch suus gewesen wäre, wäre es im Augenblick der Testamentserrichtung geboren worden, verlangte jenes nicht. Daraus folgerte man, der nepos postumus von dem, zur Zeit der Errichtung des Testaments lebenden Sohne sei in dem großväterlichen Testament dann gültig eingesetzt, wenn bei seiner Geburt sein Vater gestorben war. — Der Text dieses Paragraphen ist anerkanntermaßen ungemein verdorben; über die nothwendigen Aenderungen: Francke, Mühlenbruch Bangerow. Statt des nascatur, welches man zu streichen pflegt, wird das kurz vorhergehende Wort instituatur im Text selbst zu wiederholen sein.

87) Darüber ist man freilich keineswegs einig, vielmehr nach zwei Seiten hin anderer Ansicht. Zuerst behauptet Mühlenbruch 36 p. 214 ff., das Gesetz habe blos die Gültigkeit der Institution angeordnet, die der Exheredation sei erst von der Praxis hinzugefügt worden. Dagegen ist anzuführen: *a*) daß das zweite Kapitel des Gesetzes der Enterbung, und zwar des nominatim exheredare, ausdrücklich gedacht habe, ist so gut wie gewiß (Anm. 96): demnach erscheint ein anderes Verhalten des ersten ganz unwahrscheinlich. *b*) Fr 3 § 1 de iniusto sagt dasselbe für das erste Kapitel geradezu. Sachlich wichtiger ist die zweite Differenz. Die Einen nämlich (so Francke p. 34, Mühlenbruch p. 214) nehmen an, es habe das Gesetz jene Befähigung lediglich den Descendenten männlichen Geschlechts ertheilt, nicht auch den Töchtern. Als Grund dieser Beschränkung führte man die lex voconia an und zum Beweis beruft man sich auf die in Fr. 29 § 12 unvollständig erhaltenen Worte des Gesetzes: qui testamentum faciet, is omnis virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit etc. etiamsi parente vivo nascantur, welche den postulirten Sinn an sich freilich keineswegs haben, sondern erst durch die Machtvollkommenheit der Ergänzenden erhalten, wenn man z. B. mit Mühlenbruch in die Mitte einschiebt instituendi potestatem habeto. Andere, z. B. Cujaz zu Fr. 4 und zu Fr. 29 § 12 de liberis, beziehen, wie im Text ge-

Digitized by Google

Die dritte, die postumorum loco betreffende Fortbildung hat für sich selber abermals eine kleine Geschichte. Daß und warum ihrem Notherbenrechte nicht durch Einsetzung genügt werden konnte, ist schon oben auseinandergesetzt worden. Der Grund, weshalb sie, seit es eine exheredatio gab, auch nicht durch diese zu beseitigen waren, lag in dem einfachen Satze der Jurisprudenz: exheredatio extranei res inepta est[89]. Aber auch hierbei beruhigte die spätere Zeit sich nicht. Den ersten Fortschritt begründete das zweite Kapitel der genannten velleia lex[90]. Dasselbe verordnete im Allge-

---

schehen, das Gesetz auf alle, bei Lebzeiten des Testators geborene Postumen, auch auf die weiblichen Geschlechts; die besondere Hervorhebung des virilis sexus in den erhaltenen Gesetzesworten erklären sie dadurch, daß gemäß dem damals geltenden Recht das Gesetz ausgesprochen habe, nur die Postumen männlichen Geschlechts seien nominatim zu enterben. Die letzte Meinung halte ich für die richtige: *a*) daß die velleia, insonderheit auch in dem ersten Kapitel, von dem nominatim exheredare gesprochen habe, ergibt sich aus dem oben citirten Fr. 3 § 1; *b*) die Berufung auf die voconia, selbst ihre damalige Gültigkeit vorausgesetzt, gibt für die gänzliche Weglassung der Frauen keinen genügenden Erklärungsgrund, weil das Gesetz die Erbeseinsetzung von Frauen lediglich den in der ersten Klasse Censirten untersagte; *c*) die Nichterwähnung der Töchter würde diesen nicht zum Nachtheil gereicht haben, sondern zum Vortheil; denn sie hätten dann gemäß dem alten Rechte mit ihrem Erscheinen das väterliche Testament immer rumpirt: die Möglichkeit also, sie durch Exheredation oder geringfügige Einsetzung abzufinden, hätte gar nicht bestanden; *d*) endlich war zur Zeit der volleia die voconia nicht mehr in Uebung. Es ist ein anerkanntes Verdienst Bachofen's (a. a. O. p. 105 ff.), gezeigt zu haben, daß jene Vorschrift dieses Gesetzes durch die iulia et papia mittelbar beseitiget wurde und daß sie schon vorher faktisch außer Uebung gekommen war. In welches Jahr man nun auch die velleia stellen mag, so viel ist unter diesen Umständen klar, daß die Bestimmung der voconia für sie kein Motiv sein konnte.

88) Fr. 29 § 15 de liberis et postumis.

89) Fr. 132 p. de verborum obligationibus. Gaius II, 140. 141. In einem Falle wurde jedoch schon in alter Zeit die exheredatio extranei nicht als eine res inepta betrachtet, nämlich bei der cretio.

90) Wie dieses Gesetz in seinem ersten Kapitel die Stellung der eigentlichen Postumen zum Abschluß bringt, so beginnt es in seinem zweiten den Reigen für die postumorum loco.

Digitized by Google

meinen[91]: der an die Stelle eines wegfallenden nachrückende suus soll das Testament des paterfamilias dann nicht mehr rumpiren, wenn er in demselben entweder eingesetzt oder erheredirt ist. Da das Gesetz der Worte sich bediente: si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, so bezog es sich von Anfang an auf jede Art des Wegfallens von sui heredes, nicht blos auf deren Wegfall durch den Tod[92]. Da es ferner für das Nachrücken des suus keine Zeitgrenze feststellt, so tritt es auch da in Wirksamkeit, wo dieses ausnahmsweise als erst nach dem Tode des Erblassers erfolgt, betrachtet werden kann[93]. Der Zweck dieses Kapitels ist Verhinderung der Ruption des Testaments in einem Fall, wo sie bis dahin mit Nothwendigkeit eintrat, nicht aber die Verleihung der testamentifactio an solche Personen, welchen sie bis dahin abging[94]. Daraus folgte, daß das Gesetz nur auf Diejenigen Anwendung litt, welche bei der Testamentserrichtung schon vorhanden, jedoch nicht sui waren. Nichtsdestoweniger handelte die Interpretation vollkommen im Geiste des Gesetzes, als sie namentlich auf Julian's Auktorität anerkannte, daß die Vorschriften des ersten und des zweiten Kapitels

---

91) In Fr. 29 § 13. 14 ist uns ein Stück dieses Kapitels wörtlich erhalten: si quis ex suis heredibus suus heres esse desierit, liberi eius etc. in locum suorum sui heredes succedunto. Statt des letzten Wortes hat Mühlenbruch succedendo konjicirt, was Vangerow p. 262 billiget. Wenn es nun auch an sich bedenklich sein mag, an solchen Bruchstücken, deren Zusammenhang man nicht kennt, zu rütteln, so hat doch diese Aenderung das für sich, daß die lex diese Succession nicht erst einführt, sondern lediglich eine nachtheilige Folge derselben beseitiget. Die in der Mitte fehlenden Worte werden sich auf die gehörige Institution oder Erheredation bezogen und den Schluß wird die Bestimmung gebildet haben, daß keine Ruption eintrete.

92) Theophil. ad § 2 I. de exh. lib. Fr. 29 § 5 de liberis. Fr. 13 de iniusto.

93) Vergl. Anm. 31.

94) *Fr.* 29 § 15 *de liberis:* posteriore capite non permittit institui, sed vetat rumpi, neve ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. *Fr.* 10 § 2 *de test. tut.* sagt confirmatum est testamentum, testamentum valet.

Digitized by Google

gleichzeitig in einer und derſelben Perſon wirkſam werden können[95]. Das Geſetz ſagte ausdrücklich, die Ruption ſolle dann ausgeſchloſſen ſein, wenn der zum suus Aufrückende entweder inſtituirt oder nach Art der Poſtumen erheredirt ſei[96]. Endlich iſt für die Wirkſamkeit

95) Wenn der Großvater den, von ſeinem noch lebenden Sohne künftig zu erwartenden Enkel zum Erben eingeſetzt hat und dieſer Enkel bei Lebzeiten ſeines Vaters geboren wird und dann durch den Tod des letzteren zum suus ſeines Großvaters aufrückt, ſo paßt auf ihn weder das erſte Kapitel (denn er iſt nicht als suus geboren), noch das zweite (denn zur Zeit der Teſtamentserrichtung exiſtirte er nicht). Dennoch erkannte man auch dieſe Erbeseinſetzung als zu Recht beſtehend an: Fr. 29 § 15 de liberis.

96) Die Inſtitutionen ſagen in § 2 de exh. lib., damit die Enkel nicht durch Succeſſion das Teſtament rumpiren, müſſen ſie entweder eingeſetzt oder enterbt ſein: idque lege iunia velleia provisum est, in qua simul exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur. Theophilus fügt dazu folgende Erläuterung bei, deren griechiſcher Text zwar verworren iſt, aber ohne Einfluß auf die vorliegende Frage und welche Reitz ſo überträgt: id est nepotem quidem nominatim, neptem vero nominatim aut inter ceteros, ast eum legati datione (die Grundlage der Inſtitutionenſtelle iſt uns theilweiſe erhalten in Fr. 13 de iniusto). Danach ergänzt auch Huſchke (Gaius p. 41) Gai. II, 134. In Fr. 10 § 2 de test. tut. wird ausgeſprochen, das Teſtament gelte in dieſem Falle des vellejiſchen Geſetzes ubi nepos vel institutus sit vel nominatim exheredatus sit. Hierher gehört auch Fr. 2 p. de vulgari; Ulpian ſpricht davon, daß man auch den Enkeln, welche man in der Gewalt hat, pupillariter ſubſtituiren könne: Sed si eos patres praecedant, ita demum substitui eis potest, si heredes instituti sint vel exheredati; ita enim post legem velleiam succedendo non rumpunt testamentum; nam si principale ruptum sit testamentum, et pupillare evanuit. Der Sinn iſt: nur dem suus heres kann pupillariter ſubſtituirt werden, dieſem aber auch immer; daher kann man auch ſeinem Enkel ſo ſubſtituiren, obgleich der Vater noch lebt: man kann es nämlich für den Fall, daß der Enkel durch Nachrücken suus heres des Großvaters wird; man kann es aber auch nur dann, wenn man dieſen Enkel entweder einſetzt oder erheredirt: denn nur wenn das eine oder das andere geſchehen, verhindert bei ſeinem Nachrücken die velleia die Ruption. In C. 2 de liberis praet. ſagt Kaiſer Alexander: wenn der Sohn im Teſtament eingeſetzt iſt, der Enkel aber als suus heres des Großvaters deshalb nachrückt, weil ſein Vater beim Leben des Großvaters ſtarb, ſo rumpirt der nicht nominatim erheredirte Enkel das Teſtament sine impedimento legis velleiae d. h. für den Fall, daß der Enkel präterirt iſt, hat die velleia das Recht der Ruption beſtehen laſſen, nicht aber für den Fall der gehörigen Erhere-

Digitized by Google

des Testaments natürlich auch hier Voraussetzung, daß dasselbe nicht etwa ungültig sei wegen Nichtberücksichtigung des Notherbenrechts der zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandenen sui [97].

Den zweiten Fortschritt auf dem Gebiete der postumorum loco bringt ein Senatuskonsult unter Hadrian und zwar nur für einen ganz bestimmten, einzelnen Fall. Wenn nämlich kraft der erroris causae probatio das Kind zum suus heres erhoben wird, so soll dasselbe, sofern es im Testament des Vaters sich entweder eingesetzt oder exheredirt findet, dann nicht mehr rumpiren, wenn dem Vater die Gelegenheit, durch ein neues Testament zu sorgen, entzogen, d. i. wenn die causae probatio erst nach seinem Tode erfolgt ist [98].

Noch Gaius kennt nur diese beiden, eben entwickelten Fälle als solche, in welchen die Ruption durch den quasi postumus ausnahmsweise nicht stattfindet [99]. Aber die Jurisprudenz hat sich bei diesen Anfängen nicht beruhiget, sie hat vielmehr, auf dem gegebenen Wege weiter schreitend, für die vorliegende Frage zwischen institutio und exheredatio in folgender Weise unterschieden. Jene, die institutio, hatte das zum Voraus, daß sie an und für sich ein vollkommen verständiger und gültiger Akt war; es galt dabei lediglich, sich über

dation. — Nach den Justitutionen und Theophilus hatte demnach die lex ausdrücklich gesagt, es seien diese quasi postumi in derselben Form zu enterben wie die eigentlichen postumi, für welche eine entwickelte Form bestand. Die Richtigkeit dieser Angabe bestreitet Mühlenbruch p. 210 ff.; aber da es für jene überhaupt keine anerkannte Erheredationsform gab, was ist natürlicher, als eine solche Hinweisung des Gesetzes?

97) Fr. 13 de iniusto. § 2 I. de exheredatione lib.

98) Gai. II, 143. Daß dieses Senatuskonsult auch auf die anniculi causae probatio Anwendung gefunden habe, ist ziemlich unzweifelhaft.

99) Ausdrücklich hebt er hervor, daß der filius ex prima secundave mancipatione manumissus das väterliche Testament zerbreche trotz seiner Einsetzung oder Enterbung; dasselbe sagt er vom adoptatus, desgleichen von der Frau, welche nach Errichtung des Testaments in die manus ihres Ehemannes gelangt: Gai. II, 139—141. (Gegen einen ganz vergeblichen Versuch Förster's, die spätere Entwicklung der Jurisprudenz mit Gaius in Einklang zu bringen: Francke p. 42.)

Digitized by Google

den andern Umstand hinwegzusetzen, daß dieser Einsetzung die Absicht, durch sie dem Notherbenrechte zu genügen, abging. Diesen Schritt that, so viel wir wissen, zuerst Scävola[100] und schon Papinian betrachtet es als eine ausgemachte Sache, daß dem Notherbenrechte dessen, qui postumi loco est, durch die frühere Einsetzung im Testamente des paterfamilias volle Genüge geleistet sei[101]. Anders dagegen stand es mit der Enterbung. Die exheredatio extranei war eben als res inepta von Anfang an ungültig und man ist daher auch stets bei der Ansicht beharrt, daß sie gerade aus diesem Grunde im Allgemeinen auch ungültig bleiben müsse, daß also dem Notherbenrecht der später in die Gewalt Gekommenen durch sie nicht genügt sei. So Marcellus, Papinianus, Ulpianus, Paulus[102]. Von diesem Satz machte man jedoch, auf die Auktorität Papinian's sich stützend, folgende bedeutsame Ausnahme[103]. Das eigene Kind ist niemals in vollem Sinne ein

100) Während noch Gaius diesen Satz ganz bestimmt in Abrede stellt, behandelt ihn Scävola als etwas, das sich allenfalls vertheidigen lasse. *Fr.* 18 *de iniusto (Scaev. lib.* 5 *quaest.)*: Si qui heres institutus est a testatore arrogetur, potest dici satis ei factum, quia et antequam adoptetur institutio ut in extraneo locum habeat. Aus diesem geschichtlichen Gange ergibt sich, daß es nicht richtig sein könne, wenn man wegen Fr. 6 de lib. et post. annimmt, schon Labeo und Kassius seien der Ansicht des Scävola gewesen. Fr. 6 spricht von dem eigentlichen postumus.

101) *Fr.* 23 § 1 *de lib. et post. (Pap. lib.* 12 *quaest.)*: Si Titius heres institutus loco nepotis adoptetur, defuncto postea filio, qui pater videbatur, nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo, qui heres inventur. Titius war zur Zeit der Errichtung des Testaments nicht Notherbe, er wurde es auch nicht durch die Adoption, sondern erst durch successio in locum sui heredis: daß er nicht rumpire, ist für Papinian eine Sache, die gar keinen Zweifel zuläßt. Auf demselben Prinzip beruht die Entscheidung, welche ein Zeitgenosse Papinian's, Tryphoninus in Fr. 28 § 1 cod. gibt.

102) Fr. 8 § 8 de bonorum poss. contra tabulas. Fr. 132 p. de verborum oblig.

103) Der Keim dieser Ansicht läßt sich schon in den beiden frühesten Fällen, also in dem des zweiten Kapitels der lex velleia und in dem des Hadrian'schen Senatuskonsults, erkennen. Das vermittelnde Glied dieser Entwickelung wird

Digitized by Google

extraneus[104], in Wahrheit bleibt es trotz emancipatio und in adoptionem datio doch immer mit natürlichen Banden an den Vater geknüpft. Wenn daher dieser das nicht in seiner Gewalt sich befindende eigene Kind exheredirt, so fällt auch er ein testamentarisches Urtheil über sein Kind: demgemäß ist diese exheredatio keine res inepta und muß auch dann zu Recht bestehen, wenn jenes, in die Gewalt des naturalis pater zurückfallend, das Recht des civilen Notherben wieder erlangt[105]. — Aus dem Bisherigen ergibt sich folgendes dogmatische Resultat:

> Dem Recht der eigentlichen Postumen kann der paterfamilias im Testament sowohl durch Institution als durch Exheredation genugthun; was die uneigentlichen Postumen anlangt, so entspricht er dem Rechte aller durch Institution, dagegen durch Exheredation lediglich dem Rechte derjenigen, die seine eigenen Kinder sind[106].

Seit dieser Gestaltung der Sache hörte demnach jener Satz postumi agnatione testamentum rumpi auf ganz wahr zu sein, er war es

---

jedoch vorzugsweise in der b. p. contra tabulas zu suchen sein. Seit ihrem Bestehen ist die exheredatio emancipati filii keine res inepta mehr; man konnte daher diese Frage auch für den weiteren Fall füglich verneinen, wenn der Emancipirte, von seinem natürlichen Vater arrogirt, zum zweiten Male suus heres, also civiler Notherbe wurde.

104) Sogar von den in Arrogation gegebenen Söhnen heißt es in *Fr.* 8 § 11 *de bonorum poss. contra tabulas:* non enim in totum extranei sunt.

105) *Fr.* 23 *p. de lib. (Pap. lib.* 12 *quaest.):* Filio, quem pater post emancipationem a se factam iterum arrogavit, exheredationem antea factam nocere dixi, nam in omni fere iure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius nunquam intelligatur, ne imagine naturae veritas adumbretur, videlicet quod non translatus sed redditus videretur. Diese Stelle Papinian's meint offenbar Ulpian, wenn er in Fr. 8 § 7 contra, zunächst von der b. p. contra tabulas redend, sagt: Si quis emancipatum filium exheredaverit eumque postea arrogaverit, Papinianus lib. 12 quaestionum ait, iura naturalia in eo praevalere; idcirco exheredationem nocere. Tryphoninus in Fr. 28 § 1 de lib. setzt diesen Satz als anerkannt voraus.

106) Daß dieses das letzte Wort der justinianischen Gesetzgebung sei, erkennt man wohl allgemein an: Francke p. 42, Bangerow p. 260 u. A.

Digitized by Google

nur noch für den einen Fall der Präterition und hätte, jetzt zum ersten Male aufgestellt, lauten müssen: praeteriti postumi agnatione testamentum rumpi. Seine praktische Bedeutung in dieser neuen Gestalt bedarf im Allgemeinen keiner Erörterung; die oben für den Satz in seiner Ursprünglichkeit entwickelten Grundsätze gelten auch hier. Besondere Berücksichtigung verlangt lediglich der Fall, wo das Testament nicht blos einen, sondern mehrere Grade enthält. Wenn man in Bezug auf den filius iam natus sagte: eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere, so mußte man nunmehr hier als Regel aufstellen: eum gradum, a quo postumus praeteritus sit, postumi agnatione rumpi. Daraus entwickelten sich folgende natürliche Sätze:

Nur der bei dem Erscheinen des postumus gültige, ihn präterirende Grad kann rumpirt werden[107].

Der postumus rumpirt den ihn verletzenden Grad stets mit seinem Erscheinen[108].

Er rumpirt von dem verletzenden Grad an das ganze Testament[109].

---

107) *Fr. 5 de iniusto, rupto testamento:* Wenn der erste, die bedingte Institution eines Dritten enthaltende Grad den Postumus präterirt, so kommt es darauf an, ob bei dem Erscheinen des letzteren die Bedingung deficirt ist oder nicht. Im letzten Fall rumpirt der Postumus diesen ihn verletzenden Grad (möge die Bedingung eingetreten sein oder schweben); im ersten Falle dagegen ist der Grad nichtig, er kann ihn nicht erst nichtig machen (post defectum autem conditionis natus postumus gradum non rumpit, quia nullus est): also kommt der folgende Grad an die Reihe.

108) Daraus folgt: *a*) Der bei Lebzeiten des Testators erscheinende postumus rumpirt auch hier sofort: Fr. 8 de liberis (hier muß statt dem, aus falscher Lösung einer Abbreviatur entstandenen vivo patre nach dem übereinstimmenden Urtheil unserer Exegeten mit Cujaz gelesen werden vivo primo); *b*) Er rumpirt auch denjenigen, ihn präterirenden Grad, welcher noch nicht an der Reihe ist: Fr. 14 p. de liberis, vergl. Fr. 8 eod. Fr. 3 de iniusto.

109) Darin liegt: *a*) Der dem verletzenden vorhergehende, die Institution oder die Erberedation des postumus enthaltende Grad ist vollkommen gültig: Fr. 3 § 6 de iniusto. *b*) Nicht blos der verletzende Grad, sondern auch jeder auf diesen folgende ist zerbrochen, also auch derjenige, welcher den postumus nicht

Digitized by Google

Was einmal rumpirt iſt, das bleibt ſchlechthin ungültig [110].

Die bis hierher dargeſtellte Entwickelung hatte allmälig zu dem Reſultate geführt, daß der paterfamilias dem Notherbenrechte aller sui in ſeinem Teſtament durch gehörige formelle Berückſichtigung Genüge leiſten konnte. Es iſt nunmehr unſere Aufgabe, dieſe Form, ſo wie die sui ſie zu verlangen berechtiget ſind, im Einzelnen zu betrachten. Seiner Natur nach iſt dieſes Recht alternativ [111]; denn es kann der suus in der Regel eben nur beanſpruchen, daß er entweder inſtituirt oder erheredirt ſei; das, was ihn verletzt, iſt die Präterition [112].

Was zuerſt die Inſtitution betrifft, ſo iſt über ſie Folgendes zu bemerken.

Weil es ſich um den honor des Inſtituirten handelt, deshalb iſt der Betrag der Inſtitutionsquote gleichgültig [113].

---

präterirt; die Juriſten ſagen: rumpendo testamentum sibi locum facere postumus solet: Fr. 5 de iniusto; Fr. 14 p. de liberis. c) Wenn der postumus im erſten Grade inſtituirt iſt, ſo iſt Präterition bei den folgenden Graden auch für ihn keine Verletzung: arg. Fr. 14 § 1 de liberis.

110) Fr. 14 p. de liberis (Afric.). Fr. 8 eod. (Hier gibt Pomponius den Entſcheidungsgrund: quoniam quum est natus filius loco eius est, qui superstes est.) Fr. 4 de iniusto, rupto testamento. (Die Stelle iſt leidlich unklar; Cujaz will einſchieben defuncto postumo; anders Mühlenbruch p. 439; vielleicht iſt ſtatt *deliberantibus* heredibus zu leſen *denegantibus*.)

111) Nur bei denjenigen quasi postumi, welche nicht die eigenen Kinder des Teſtators ſind, hat es dieſe alternative Natur nach dem Obigen nicht.

112) Wenn das Teſtament in der Art ſich widerſpricht, daß es beides enthält, ſowohl die Einſetzung des Kindes als ſeine Enterbung, ſo gilt immer die Einſetzung; und zwar ebenſo gut wenn ſie jener vorausgeht, als wenn ſie ihr nachfolgt. Das letzte iſt unbeſtritten: Fr. 21 de liberis et post.; das erſte ſollte nicht beſtritten ſein, denn entſcheidend iſt *Fr.* 17 § 2 *de testamento mil.*: Si eodem testamento eundem heredem deinde exheredem scripserit, ademta videtur hereditas, quum in paganorum testamento sola exheredatione hereditas adimi non [dieſes non fehlt in einigen Handſchriften aus Verſehen] possit. Vergl. Fr. 13 § 1 de lib. et post. Förſter p. 59, Mühlenbruch p. 394 ff.

113) Fr. 59 § 10 de lib. et post. Offenbar genügt auch die Einſetzung auf eine beſtimmte Sache; vergl. Fr. 19 eod.

Digitized by Google

Weil es ſich um den, der Perſon des Notherben zu gewährenden honor handelt, deshalb iſt ſeinem Recht nur genügt durch die Einſetzung ſeiner Perſon, nicht auch durch die eines Andern, durch welchen er erwirbt [114].

Für die Form der Inſtitution iſt davon auszugehen, daß ſie im Allgemeinen dieſelbe iſt wie in jedem anderen Fall. Insbeſondere die Einſetzung des postumus kann entweder individuell [115] oder generell [116] erfolgen. Sie kann ferner entweder der Zeit der Geburt beſonders gedenken oder den postumus ſchlechthin ohne eine ſolche Zeitbeſtimmung berufen; in der erſten Form hatte die vollſtändige Formel zwei Fälle hervorzuheben, die Geburt beim Leben des Erblaſſers und die nach ſeinem Tode: die ausſchließliche Hervorhebung des einen Falles galt urſprünglich als Präterition für den andern [117];

---

114) In *Fr.* 3 § 15 *de bon. poss. contra tab.* ſagt Ulpian: Si quis ex liberis non sit scriptus heres sed servus eius scriptus sit eumque iusserit adire hereditatem, denegari ei debet bonorum possessio contra tabulas. Es heißt das: nur wenn der Herr den Sklaven anzutreten befahl, hat er auf die b. p. contra tabulas verzichtet (ſo richtig Förſter p. 278; falſch die Gloſſe: idem si non iusserit). Der Hauptſatz iſt eine Anwendung des, bei einer anderen Gelegenheit von demſelben Juriſten ausgeſprochenen Prinzips: nec enim quaerimus, cui acquiratur, sed cui honor habitus est (Fr. 3 § 2 de legatis praestandis). Einen unmittelbar von der hereditas gethanen Ausſpruch haben wir nicht; aber daß dieſe nicht etwa gleichgültiger behandelt wurde als die bonorum possessio, iſt unzweifelhaft.

115) Z. B. nepos, qui post mortem suus nascetur: Fr. 29 § 6 de liberis.

116) — — atque etiam si generaliter, quidquid sibi liberorum natum erit post mortem, aut qvicunque natus fuerit, sit institutus, si suus nasceretur: Fr. 29 § 6 cit.

117) *Fr.* 10 *de lib. (Pomp.):* Commodissime is, qui nondum natus est, ita heres instituitur: *sive vivo me sive mortuo natus fuerit, heres esto* aut etiam pure neutrius temporis habita mentione; si alteruter casus omissus fuerit, eo casu, qui omissus sit, natus rumpit testamentum, quia hic filius nec sub conditione quidem scriptus heres intelligitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento apprehensus. *Paulus III*, 4 *B* § 9: Talis [l. Si talis] est postumorum institutio: *si qui post mortem meam postumi nati fuerint, heredes sunto*, si vivo eo nascantur, rumpunt testamentum.

seit Justinian dagegen soll sie den andern Fall stillschweigend mit umfassen[118].

Endlich hat sich für die der Institution beigegebene Suspensivbedingung[119] überhaupt folgendes Besondere entwickelt.

Die unmögliche Suspensivbedingung wird nicht, wie sonst bei Einsetzungen üblich, gestrichen, sondern es gilt — offenbar weil hier kein Grund für Begünstigung des letzten Willens vorliegt — die so erfolgte Institution für Präterition[120].

Hinsichtlich der möglichen Suspensivbedingung ist zwischen dem Sohne, den Töchtern und Enkeln, und endlich den Postumen zu

---

118) C. 4 de postumis. Allerdings bespricht Justinian nur den einen Fall, wo lediglich post mortem meam gesagt ist, aber er meint entschieden auch den andern. Francke p. 77.

119) Für dies certus und Resolutivbedingung ist nichts Besonderes vorgeschrieben; demnach gelten hier die gewöhnlichen Grundsätze: Förster p. 44. 45, Francke p. 45.

120) *Fr.* 15 *de conditionibus instit. (Pap.):* Filius, qui fuit in potestate, sub conditione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmet patris, ac si conditio non esset in eius potestate; nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dicam, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. Die Stelle spricht zwar nur vom Sohn, allein sie sagt von den übrigen Notherben nicht das Gegentheil und in der Sache selbst liegt kein Grund für eine andere Behandlung dieser. — Was ist die Folge, wenn mit dieser Einsetzung des Sohnes unter einer unmöglichen Bedingung die Enterbung für den umgekehrten Fall verbunden wird? Die Quellen sprechen sich darüber auch nicht aus. Cujaz z. B. ist der Ansicht, daß, weil Papinian in der obigen Stelle die unmögliche Bedingung der kasuellen in einer Beziehung gleichstellt, er das auch für diese Frage thue; er befürwortet also die Gültigkeit, dagegen Francke p. 55 und Mühlenbruch p. 385 leugnen sie. — Meiner Ansicht nach ist das (die gehörige Institution eines Dritten vorausgesetzt) ein gültiges Testament; denn neben der ungültigen Institution des Notherben steht eine unbedingte, also gültige Erheredation desselben. Wenn es nämlich z. B. heißt: filius meus, si digito coelum attigerit, heres esto, si non attigerit, exheres esto; so ist die Einsetzung ungültig nach dem Obigen, die Enterbung dagegen ist an eine Bedingung geknüpft, von der es von vornherein feststeht, daß ihr zuwider zu handeln unmöglich sei, also ist jene in Wahrheit unbedingt erfolgt. Vergl. auch Vangerow p. 269.

Digitized by Google

unterſcheiden. Für das Recht des Sohnes maßgebend iſt der Satz, daß derſelbe für gar keinen Fall präterirt ſein darf, alſo in ſeinem Recht überhaupt verletzt iſt, wäre er es der Form nach auch nur für einen Fall. Das iſt der Grund, weshalb ſeine, unter einer kaſuellen Bedingung einfach erfolgende Einſetzung ihn im Notherbenrecht kränkt — denn darin liegt eine Präterition für den Fall der Deficienz der Bedingung [121] — und weshalb dagegen ſein Recht für gewahrt gilt, wenn dieſer bedingten Einſetzung eine Enterbung beigegeben wurde für den umgekehrten Fall [122]; hier nämlich iſt er regelmäßig für keinen Fall präterirt. Damit ſtimmt der weitere Satz, daß wenn Enterbung für den umgekehrten Fall vorliegt, überdies verlangt wird, daß die Bedingung bei Lebzeiten des Sohnes ſich entſcheide [123]; ſtirbt er nämlich vorher, ſo ſtellt es ſich nachträglich

---

121) *C.* 4 *de instit. (Alex.):* Si pater filium, quem in potestate habebat, sub conditione, quae in ipsius potestate non erat, heredem scripsit nec in defectum eius exheredavit, iure testatus non videtur — — *Fr.* 83 *de condit. et demonstr. (Paul.):* Lucius Titius ita testamentum fecit: Aurelius Clandius natus ex illa muliere, si filium meum se esse iudici probaverit, heres mihi esto; Paulus respondit, filium de quo quaereretur non sub ea conditione institutum videri, quae in potestate eius est, et ideo testamentum nullius esse momenti. — Fr. 4 p. de heredibus instituendis (Ulp.). Fr. 28 de condit. instit. (Pap.).

122) Dieſen Satz ſpricht namentlich klar aus Julianus in Fr. 11 de condit. instit. und in Fr. 20 § 4 de bonis libert., desgleichen Marcellus in Fr. 86 p. de hered. instit.

123) Natürlich haben wir es auch hier mit einer Entwickelung der Jurisprudenz zu thun. In Fr. 28 p. de liberis ſagt Tryphoninus: Filius a patre, cuius in potestate est, sub conditione, quae non est in eius potestate, heres institutus et in defectum conditionis exheredatus decessit pendente etiam tunc conditione tam institutionis quam exheredationis: dixi heredem eum ab intestato mortuum esse, quia dum vivit neque ex testamento heres neque exheredatus fuit. Herede autem scripto ex parte filio coheres post mortem filii institui potest. Unſere Litteratur iſt über den allgemeinen Sinn dieſer Stelle einig. Der Schlußſatz hat etwa folgendes Teſtament vor Augen: Filius meus ex semisse heres esto, Titius post mortem filii mei ex semisse heres esto; ein ſolches iſt gültig, denn der Sohn iſt unbedingt eingeſetzt, Titius iſt bedingter Miterbe. Vergl. Francke p. 56, Arndts p. 892; Unrichtiges bei Mühlenbruch p. 384.

heraus, daß er für die Zeit thatſächlich prätierirt war, auf welche es allein ankommen kann, für die Zeit ſeines Lebens. Aus dem gleichen Grunde entwickelte ſich für die Potestativbedingung der andere Satz, daß ſie der Einſetzung ſchlechthin beigegeben werden könne, alſo auch ohne Enterbung für den umgekehrten Fall [121]. Ein ſo Eingeſetzter nämlich iſt dem unbedingt Eingeſetzten überhaupt gleich zu achten [125] und daher, wenn er der Bedingung nicht nachkommt, als Einer anzuſehen, der die Erbſchaft nicht will [126]: es liegt alſo darin für gar keinen Fall eine Präterition [127]. So beim

---

124) Der früheſte, in dieſer Art argumentirende Juriſt, von dem wir wiſſen, iſt Julian: Fr. 20 § 4 de bonis libertorum (puto). Marcellus vertheidiget ſchon dieſelbe Anſicht, als eine von Andern aufgeſtellte (*Fr. 86 p. de heredibus instit.* — negatumque hoc casu necesse esse, sub contraria conditione filium exheredare). Spätere Juriſten ſetzen dieſen Satz als einen anerkannten voraus; ſo Papinian in Fr. 28 de condit. instit., Ulpian in Fr. 4 p. de hered. instit., Fr. 1 § 8 de suis, Paulus in Fr. 83 de condit. et dem.

125) Bei Gelegenheit des Edikts si quis omissa causa ſagt z. B. Ulpian von der Poteſtativbedingung: quia eiusmodi conditio pro pura debet haberi (Fr. 1 § 8 si quis omissa).

126) Tryphoninus ſagt in *Fr. 13 de legatis praest.*: nam si eam [sc. conditionem], quae in ipsius potestate fuit, non implevit, pro eo habendus est, qui noluit adire hereditatem.

127) Daraus folgt konſequenter Weiſe, daß dem Notherbenrechte des Sohnes auch dann genügt iſt, wenn er die Bedingung nicht erfüllt: ſo ſchon Julian in Fr. 20 § 4 de bonis libert. und auf ihn ſich berufend Ulpian in Fr. 4 p. de hered. instit., desgleichen Papinian in Fr. 28 de cond. instit. Demgemäß hängt der Erbſchaftsantritt des im Teſtament berufenen Miterben nicht ab von der Erfüllung der Bedingung durch den Sohn, denn das Teſtament gilt auf jeden Fall: Fr. 4 p. cit. [Statt quum, etsi iſt hier entweder mit Haloander zu leſen etsi, quum oder mit Francke quum, si.]. Wer an die Stelle des durch die Deficienz einer ſolchen Bedingung wegfallenden Sohnes trete, das entſcheidet ſich natürlich nach dem Momente eben dieſer Deficienz. Dieſer Moment kann bei Lebzeiten des Sohnes eintreten oder erſt mit ſeinem Tode [das erſte z. B. bei den Bedingungen si capitolium intra dies triginta ascenderit, si Alexandriam pervenerit, das andere bei der andern si Titio decem dederit, denn das läßt ſich auch im letzten Momente des Lebens durch einen Stellvertreter ausführen: Fr. 5. 6 de hered. instit. Fr. 28 cit.]. Wenn in dem erſten Fall Inteſtaterbfolge eintritt (weil das Teſtament weder einen Miterben ernannte noch einen Subſtituten oder

Digitized by Google

Sohne. Von den übrigen, bei Errichtung des Teſtaments vorhandenen sui (Töchter, Enkel) wird uns geſagt, daß ſie unter einer jeden, an ſich zuläſſigen Bedingung eingeſetzt werden können, alſo auch unter einer kaſuellen ohne Enterbung für den umgekehrten Fall[128]. Beſtritten iſt der Sinn dieſes Ausſpruchs. Nach der einen Anſicht liegt darin die Anerkennung, daß auf dieſe Weiſe dem Notherbenrecht der Töchter und Enkel überhaupt genügt ſei[129]; die andere dagegen findet darin den Sinn, daß auch hier Präterition vorliege, wie beim Sohn, jedoch eben nur mit der, bei Enkeln und Töchtern gewöhnlichen Folge der Akkreſcenz[130]. Trotz der inneren Konſequenz, welche die letzte Meinung für ſich zu haben ſcheint, halte

---

weil dieſe weggefallen ſind), ſo iſt nunmehr derſelbe Sohn suus heres ab intestato: Fr. 5 cit. Fr. 28 cit.; in dem andern Fall kann er das natürlich niemals werden: Fr. 5. Fr. 28 cit., auch in Fr. 1 § 8 de suis denken Julianus, Marcellus und Ulpianus lediglich an dieſen Fall.

128) *Fr.* 4 *de hered. instit. (Ulp.):* Suus quoque heres sub conditione heres potest institui. Sed excipiendus est filius, quia non sub omni conditione institui potest — *Fr.* 6 § 1 *eod. (Ulp.):* Nepotes autem et deinceps ceteri, qui ex lege velleia instituti non rumpunt testamenta, sub omni conditione institui possunt, etsi redigantur ad filii conditionem. [Gemeint iſt das zweite Kapitel des Geſetzes: Enkel, Urenkel u. ſ. w. können unter einer jeden Bedingung eingeſetzt werden, ſelbſt für den Fall, daß ſie durch Nachrücken an die Stelle des Sohnes treten.] Fr. 1 § 8 de suis (ſ. Anm. 131).

129) So Förſter p. 83, Mühlenbruch p. 387. — Von dieſem Standpunkte aus ſind die Genannten dann ganz beſeitiget, wenn die Bedingung ihrer Einſetzung deſizirt.

130) So Francke p. 47. 48, Arndts im Rechtslexikon VIII, p. 83. Nach dieſer Anſicht hat alſo der Ausſpruch, daß Enkel und Töchter unter einer kaſuellen Bedingung auch ohne Exheredation für den umgekehrten Fall eingeſetzt werden können, lediglich den Sinn, daß ſie zwar ebenfalls präterirt ſeien, aber das Teſtament deshalb dennoch beſtehen bleibe, weil ihre Präterition überhaupt nicht Ungültigkeit des Teſtaments herbeiführt, ſondern überall nur Akkreſcenz. Dafür läßt ſich anführen, daß anderwärts von ihnen geſagt wird praeteriri possunt, ohne daß damit ihr Notherbenrecht in Abrede geſtellt werden ſoll: ſ. Anmerk. 64.

Digitized by Google

ich die erſte für die in den Pandekten niedergelegte[131]. Es iſt daher hier wiederum zu erkennen, daß den Töchtern und den Enkeln eine geringere Bedeutung beigemeſſen wird, als dem Sohne. Was zuletzt die Poſtumen betrifft, ſo ſind ſie natürlich auch hier einflußlos vor ihrem Erſcheinen: in dem Augenblick deſſelben aber nehmen ſie — und zwar ohne Unterſchied des Geſchlechts und des Verwandtſchaftsgrades — genau dieſelbe Stellung ein, welche der filiusfamilias iam natus inne hat im Augenblick der Teſtamentserrichtung[132].

131) Zu dieſer Annahme beſtimmt mich allerdings nicht der von den Vertheidigern derſelben angeführte Grund, daß man von Demjenigen, von welchem geſagt wird, er ſei unter einer Bedingung gültig eingeſetzt, nicht ſagen könne, er ſei präterirt (vergl. die vorige Anm.). Ich glaube vielmehr, es folge das geradezu aus Fr. 1 § 8 de suis. Ulpian will hier nachweiſen, daß der Enkel oder Urenkel zuweilen suus heres ab intestato des Großvaters oder Urgroßvaters werde, trotzdem daß im Augenblick des Todes des Erblaſſers ſein Vater noch am Leben war. Nach einem erſten Beiſpiel dieſer Art fährt er fort: Idem erit dicendum, et si filius ex asse sub conditione, quae fuit in arbitrio ipsius, vel nepos sub omni, institutus, non impleta conditione decesserint; nam dicendum erit, suos posse succedere, si modo mortis testatoris tempore vel in rebus humanis vel saltem concepti fuerint; idque et Iuliano et Marcello placet. Hier wird der unter einer kaſuellen Bedingung eingeſetzte Enkel geradeſo behandelt, wie der unter einer Poteſtativbedingung eingeſetzte Sohn; wenn auch die kaſuelle Bedingung bei ſeinem Leben ſich nicht entſchied, er iſt doch nicht Erbe des Großvaters geworden (denn da ſein Kind suus heres des Großvaters wird, ſo iſt er es nie geweſen). Daraus ergibt ſich, daß der unter einer kaſuellen Bedingung eingeſetzte Enkel nicht präterirt iſt; denn wenn er das wäre, ſo wäre er ipso iure Akkreſcenzerbe geworden.

132) Daraus folgt: *a*) Wenn in dem Augenblick, wo der postumus erſcheint, die ſeiner Einſetzung beigegebene Bedingung erfüllt iſt, ſo iſt es gleichgültig, wie dieſelbe urſprünglich beſchaffen war: der postumus findet ſich in dem Zeitpunkt ſeiner Berechtigung unbedingt eingeſetzt [*Fr.* 22 *de lib. et post. (Terentius Clemens)*: Quum postumus sub conditione instituitur, si priusquam nascatur conditio extiterit, non rumpitur testamentum postumi agnatione]. *b*) Wenn dagegen die Bedingung in dieſem Zeitpunkte ſchwebt, ſo iſt die potestativa ſchlechthin keine Beeinträchtigung: die casualis iſt es dann nicht, wenn ihr eine Enterbung für den umgekehrten Fall beigegeben iſt; fehlt die letztere, ſo rumpirt der postumus [*Fr.* 24 *de liberis (Paul.)*: Postuma sub conditione heres instituta si pendente

Digitized by Google

Betrachten wir nun die Form der exheredatio, wie sie sich unter der Herrschaft jenes Grundsatzes exheredationes non esse adiuvandas allmälig entwickelt hat.

1) Seiten- und Gegenstück der institutio ist sie nur möglich im Testament. Als daher die Kodizille aufkamen, war sie in diesen ebensowenig zulässig, wie die Einsetzung[133]: und es hängt demgemäß ihr Bestand ab von dem Bestande des Testaments, also von dem Antritt des eingesetzten Erben[134]. Was ihre Stelle anlangt, so ist gerade dadurch, daß sie im Testament zu stehen hat, ursprünglich von selber bestimmt, daß sie der institutio nachfolgen müsse; denn das Testament beginnt erst mit dieser[135]. Bei der exheredatio inter ceteros ergibt sich die Nothwendigkeit der Nachstellung schon einfach aus der Form[136]. Daß die nominatim facta exheredatio gemäß

---

conditione vivo patre nasceatur rumpitur testamentum. Man hat sich mit dieser einfachen Stelle mehr zu thun gemacht als nöthig: vergl. Mühlenbruch p. 388 ff. Alles kommt darauf an, daß man ein unzulässiges argumentum a contrario abweise: was von der postuma gesagt ist, gilt mindestens ebenso gut vom postumus; wenn Nuptien sogar da eintritt, wo die postuma vor der Wirksamkeit des Testaments geboren wird, dann ist sie bei der Geburt nach dem Tode des Vaters um so zweifelloser].

133) *Gai. II.* 273: Item codicillis nemo heres institui potest, neque exheredari, quamvis testamento confirmati sint. § 2 I. de codicillis. C. 14 de testamentis. C. 2 de codicillis.

134) *Fr.* 20 *p. de bonorum poss. contra tab. (Tryph.):* — Sed quum exheredatio non adita hereditate ex testamento nullius sit momenti — — Fr. 68 de hered. instit. Fr. 12 § 5 de bonis libert. Fr. 181 de reg. iuris.

135) Das ist der Grund, weshalb ursprünglich kein Legat, keine Freiheitsertheilung u. s. w. der Erbeseinsetzung gültig vorausgeschrieben werden konnte: Gai. II, 229. 230. Ulp. XXIV, 15. § 34 I. de legatis. Zuerst für die tutoris datio nahm Labeo und seine Schule die Möglichkeit der Voranstellung deshalb an, weil diese keinen Vermögensinhalt habe; die andere Schule leugnete das (Gai. II, 231), an sich wohl mit Folgerichtigkeit: denn auch für die Legate war der vermögentliche Inhalt nicht der eigentliche Grund der Nachstellung.

136) Darauf weist auch Gai. II. 128, obgleich verstümmelt, dennoch erkennbar hin.

Digitized by Google

dem Geiſte des ſpäteren Rechts der institutio vorausgehen dürfe, erklärte zuerſt ein Reſkript des Kaiſers Trajan[137].

2) Aus dem Umſtande, daß die exheredatio im Teſtament zu erfolgen hat, ergibt ſich die Nothwendigkeit einer feſten Wortform für die alte Zeit von ſelbſt[138]. Sie folgt naturgemäß dem Muſter der institutio, wenn uns auch die hiſtoriſche Entwickelung der Exheredationsform nicht ſo genau überliefert iſt, wie die der Inſtitution[139]. Analog dem heres esto der Inſtitution finden wir als üblichſte Form exheres esto[140]; die Formen exheredem esse iubeo, volo, facio haben zuverläſſig derſelben Anſchauungsweiſe unterlegen, wie ſie bei der Inſtitution überliefert wird[141]. Daß exheres sit, exheres erit genügende Formen ſeien, bezeugen Juriſten der klaſſiſchen Zeit[142]. Modeſtinus erkennt in dem Satz: te, filia, exheredavi eine gültige Exheredation[143]. Dagegen war der bloße Ausſpruch, daß das Kind nichts haben ſolle „ille filius meus alienus meae substantiae fiat," bis auf Juſtinian eine Präteri-

---

137) *Fr.* 1 *p. de hered. instit. (Ulp. lib.* 1 *ad Sab.):* Qui testatur, heredis institutione plerumque debet initium facere testamenti; licet etiam ab exheredatione, quam nominatim facit, nam Divus Traianus rescripsit, posse nominatim etiam ante heredis institutionem filium exheredare. Auf dieſe Beſtimmung Trajan's bezieht ſich jenes Dekret von Divus Markus, deſſen Fr. 3 § 2 de iniusto (Ulp. lib. 3 ad Sab.) gedenkt. Huſchke (Gaius p. 40; vergl. auch ſeine Ausgabe von 1861) will Gai. II, 127 ſo reſtituiren, daß darin die Möglichkeit der Voranſtellung der exheredatio ebenfalls ausgeſprochen wird.

138) Kein Satz im Teſtament iſt urſprünglich rechtsgültig ohne eine ſolche. Die Rechtsinſtitute, welche im Teſtament möglich ſind ohne feſte Sprachform, ſind ſpäteren Urſprunges.

139) Die Stelle, wo Gaius die Exheredationsform beſprach (II, 127 ff.), iſt uns nur lückenhaft erhalten. Ulpian's Fragmente behandeln zwar die Form der institutio in einem eigenen kleinen Titel, nirgends aber die exheredatio.

140) Ulp. XXII, 33. 34. § 1 I. de exhered. lib. Fr. 2. Fr. 3 § 2. Fr. 13 § 1. Fr. 14 § 2. Fr. 15. Fr. 25 p. de lib. Fr. 11 de condit. instit.

141) Gai. II, 117.

142) Fr. 17 (Florentinus). Fr. 19 (Paulus) de liberis et post.

143) Fr. 61 de hered. instit.

Digitized by Google

tion[144]: das Kind war weder durch Ernennung zum Erben geehrt, noch durch Exheredation verurtheilt. — Daß die Exheredation nicht stillschweigend erfolgen könne, ergibt sich hieraus von selber. Dennoch entsteht in der Kaiserzeit und durch die Kaiser eine Ausnahme gerade von diesem Satz; im Soldatentestamente nämlich ist Präterition des Kindes genügende Form für seine Exheredation[145].

3) Der Notherbe muß für seine Lebzeiten exheredirt sein, nicht etwa erst für die Zeit nach seinem Tod[146]: denn in dem letzten Fall ist er für die Zeit präterirt, auf welche es allein ankommen kann, für sein Leben, und für eine Zeit enterbt, auf die nichts mehr ankommt[147]. — Die Formen, in welchen die Römer eine solche fehlerhafte exheredatio post mortem suam sehen, sind namentlich:

> Titius post mortem filii mei heres esto, filius exheres esto[148].
>
> Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunto. Filius meus exheres esto[149].

---

144) C. 3 de liberis praet. Mühlenbruch p. 392.

145) § 6 I. de exhered. lib. C. 9 de testamento militis (tacite exheredari). C. 10 eod. Fr. 12 p. Fr. 47 § 4 de bonis libert.

146) *Fr.* 29 § 10 *de liberis (Scaev.)*: frustra exheredabitur [sc. filius] post mortem suam. *Fr.* 4 § 2 *de hered. inst. (Ulp.)*: post mortem enim filii facta est [sc. exheredatio], quam inutilem esse alias ostendimus. Vergl. Fr. 13 § 2 de lib.

147) Francke p. 62 sieht in der Enterbung eines Todten einfach und richtig eine res inepta. Weniger scharf Mühlenbruch p. 423.

148) *Fr.* 13 § 2 *de liberis*: Testamentum quod hoc modo scribitur: *Titius post mortem filii mei heres esto, filius exheres esto* nullius momenti est, quia filius post mortem suam exheredatus est.

149) *Fr.* 29 *p. de liberis (Scaev.)* bringt die aquilische Formel für die Einsetzung des postumus; dazu heißt es in § 10: In omnibus his speciebus illud servandum est, ut filius duntaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus, nam frustra exheredabitur post mortem suam. Die aquilische Formel setzt den nepos postumus bei Lebzeiten des Sohnes, von dem er abstammt,

Digitized by Google

Aber warum wird hier die exheredatio als eine post mortem filii erfolgte bezeichnet[150]? hat sie doch äußerlich überall gar keinen Zusatz. Die Sache ist diese: Schon unter Nr. 1 wurde hervorgehoben, daß die Wirksamkeit der exheredatio, gerade wie die aller andern Bestimmungen im Testament, abhänge von der Wirksamkeit der in-

für den Fall ein, daß er als suus des Großvaters, also nach dem Tode seines Vaters geboren werde (s. oben).

150) Gewöhnlich zieht man noch Fr. 28 de conditionibus instit. hierher: ich glaube, mit Unrecht. Papinian, davon ausgehend, daß dem Notherbenrechte des Sohnes durch Einsetzung unter einer Potestativbedingung genügt werde, erläutert die Folge ihrer Deficienz. Gemäß den oben (Anm. 127) erörterten Grundsätzen wird auseinander gesetzt, daß diese Folge verschieden sei, je nach dem Moment, zu welchem die Deficienz statt hat. Tritt diese beim Leben des Sohnes ein, so wird er, wenn allein und ohne Substituten eingesetzt, Intestaterbe. Wenn dagegen erst mit dem Tode des Sohnes die Nichterfüllung der Bedingung sich herausstellt, so erbt er ab intestato deshalb nicht, weil er die Delation nicht erlebt hat, vielmehr beerben nun seine Kinder den Großvater ab intestato als sui heredes. Darauf heißt es: neque enim filius videretur obstitisse, post cuius mortem patris testamentum destituitur, quemadmodum si exheredato eodem filio nepotes, quum filius moreretur, heredes fuissent instituti. Unsere Interpreten, Förster, Francke, Mühlenbruch u. A. (angeführt bei Mühlenbr. p. 374 ff.) finden in dem Schlußsatz einen Fall, in welchem der Sohn den Enkel ausschließt, weil post mortem suam, also ungültig enterbt; zu quemadmodum ergänzen sie obstaret filius nepotibus. Allein quemadmodum setzt gleich, nicht entgegen; da nun in dem Vorhergehenden von einem Fall die Rede ist, wo filius non obstat heredibus, so ist hier zu erwarten quemadmodum non obstaret filius nepotibus. Diese Erwartung bestätiget sich. Das vorausgesetzte Testament lautet: Filius exheres esto; nepotes ex eo filio, quum filius morietur, heredes sunto. Das ist keine exheredatio filii post mortem suam, sondern eine Enterbung auf den letzten Augenblick seines Lebens (Gai. II, 232. III, 100. Fr. 107 § 1 de legatis I. Fr. 18 § 1. Fr. 61 p. de manumissis test. Savigny, System III, p. 206). Die Enkel sind für den Fall eingesetzt, daß sie die Sterbestunde ihres Vaters erleben. Der Sinn der Stelle ist demnach: wenn die Potestativbedingung, unter welcher der Sohn eingesetzt ist, erst mit seinem Tode defizit, so werden seine Kinder (des Testators Enkel), sofern sie substituirt sind, Erben ex testamento, sofern sie das nicht sind, Intestaterben des Großvaters; denn ihr Vater kann ihnen hier, wo die Kinder erst nach seinem Tode berufen sind, so wenig im Wege stehen, als in dem andern Falle, wo er exheredirt ist, seine Kinder aber auf den letzten Augenblick seines Lebens zu Erben eingesetzt sind.

stitutio. Nun ſind in den obigen Formen die Erben erſt dann berufen, wenn der Sohn geſtorben iſt. Daraus folgt, daß auch die Enterbung des Sohnes erſt wirkſam werden ſoll nach des Sohnes Tod: er iſt alſo erſt nach ſeinem Tode enterbt[151].

4) Der Notherbe muß durch die Enterbung für den Zeitpunkt entfernt ſein, für welchen der eingeſetzte Erbe durch das Teſtament berufen iſt. Die Enterbung für einen ſpätern Moment enthält eine Präterition für den entſcheidenden der Inſtitution.

Das iſt der Fall, wenn das Teſtament lautet: Titius heres esto et quum heres erit Titius, filius exheres esto[152]; des-

151) Auf dieſem Grundſatz beruht auch die oben, Anm. 123, erörterte Entſcheidung Trypbonin's, wonach der unter einer kaſuellen Bedingung eingeſetzte und für den entgegengeſetzten Fall erheredirte Sohn dann doch als präterirt gilt, wenn ſich die Bedingung nicht bei ſeinem Leben entſcheidet (dixi, heredem eum ab intestato mortuum esse, quia dum vivit neque ex testamento heres neque exheredatus fuit: Fr. 28 p. de liberis). Aber dieſer weitgehende Satz des Juriſten, zufolge welchem der formell für keinen Fall Präterirte doch als ſolcher betrachtet werden ſoll, eines ſpäteren zufälligen Erfolges wegen, muß als auf den Fall, für welchen er ausgeſprochen iſt, beſchränkt hingeſtellt werden. Jedenfalls wird derſelbe da nicht anerkannt, wo der Grund, weshalb ſich die Stellung des enterbten Sohnes bei ſeinen Lebzeiten nicht entſcheidet, in der Perſon des eingeſetzten Erben liegt. Das Teſtament, welches lautet: Titius heres esto, filius meus exheres esto bleibt gültig, auch wenn Titius die Erbſchaft erſt nach dem Tode des Sohnes antritt (Fr. 9 § 2 de liberis, Paulus); wenn das Teſtament etwa lautete: Filius meus exheres esto, Titius si Seiam in matrimonium duxerit heres esto, ſo iſt der Sohn, welcher pendente conditione ſtarb, doch nicht als heres ab intestato geſtorben (Fr. 6 de suis, Iul.): und doch hätte ſich in beiden Fällen ſagen laſſen dum vixit neque ex testamento heres neque exheredatus fuit.

152) *Fr.* 68 *de hered. instit. (Pomp.):* Der Juriſt erklärt, daß die Einſetzung des Sempronius unter der Bedingung si Titius capitolium ascenderit gültig, die unter der andern si Titius voluerit ungültig ſei, obgleich im Grund beide denſelben Sinn haben. Hierauf fährt er fort: Quaedam enim in testamentis si exprimantur effectum nullum habent, quando si verbis tegantur eandem significationem habeant, quam haberent expressa; et momentum aliquod habebunt. Sic enim filii exheredatio cum eo valet, si quis heres existat et tamen nemo dubitat, quin, si ita aliquis filium exheredaverit: *Titius heres esto et quum heres erit Titius, filius exheres esto*, nullius momenti esse exheredationem. Die

Digitized by Google

gleichen wenn mehreren Institutionen der Satz hinzugefügt ist: quisquis mihi heres erit, filius exheres esto [153]. Durch beide Formen nämlich ist der Sohn erst für den Zeitpunkt erheredirt, nachdem die eingesetzten Erben die Erbschaft erworben haben; hinwiederum können diese nicht anders Erben werden, als mit Entfernung des suus heres. Daher gilt die Verfügung für nichtig, weil den Worten nach nicht ausführbar. Freilich wenn es sich um ein, von der Jurisprudenz begünstigtes Institut gehandelt hätte, so würde man, über den mangelhaften Ausdruck hinwegsehend und an die zweifellose Absicht des Testators sich haltend, die Sache so behandelt haben, wie stünden die störenden Worte „et quum Titius heres erit," „quisquis mihi heres erit" überall nicht im Testament [154]. Da jedoch die so ungünstig als möglich angesehene exheredatio in Frage steht, so wird der mangelhafte Ausdruck dahin ausgelegt, als hätte der Testator etwas Unmögliches gewollt.

5) Wer durch die Erheredation nicht von der ganzen Erbschaft entfernt ist, der ist es gar nicht, denn für den Rest ist er suus heres: Niemand aber kann zugleich heres sein und exheres. Diese Regel wirkt nach zwei Seiten hin.

1. Wer durch die Erheredation nicht von allen Erbschaftsstücken entfernt ist, der ist nicht gültig erheredirt. Davon handelt

---

Anfangsworte des Schlußsatzes deutet Förster misverständlich dahin, daß gesagt sein soll, die Hinzufügung der überflüssigen Bedingung si quis heres existat schade nicht. Pomponius sagt: zuweilen schadet dem Testament die ausdrückliche Hinzufügung eines Umstandes, der sich von selbst verstehen würde; so z. B. gilt die Enterbung des Sohnes selbstverständlich nur dann, wenn jemand aus dem Testament Erbe geworden, und doch ist die Erheredation mit dem Zusatz quum Titius heres erit zweifellos ungültig.

153) *Fr.* 3 § 2 *de lib. et post. (Ulp.)* — nisi forte ab unius persona eum testator exheredaverit. Nam si hoc fecit, vitiosa erit institutio, quemadmodum si ita eum exheredaverit: *quisquis mihi heres erit, filius exheres esto.* Nam, ut Iulianus scribit, huiusmodi exheredatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit eum submotum, quod impossibile est [heres fehlt in der Florentina; in der von den Kompilatorenschreibern kopirten Handschrift wird gestanden haben mihi h.].

154) Vergl. z. B. Fr. 9 § 14 de hered. instit.

Digitized by Google

nur eine Stelle[155], welche zwei Fälle bespricht. In dem ersten lautet das Testament: Filia mea heres esto; filio meo decem do lego et in cetera parte exheres mihi erit. Der Gegenstand, für welchen der Sohn weder instituirt noch exheredirt ist, besteht lediglich aus diesen Zehn, die er als Legatar selber haben soll. Aber das reicht hin, um die ganze Exheredation ungültig zu machen; denn da er in Bezug auf diese Kleinigkeit seines Erbrechts nicht beraubt ist durch das Testament, so tritt er für sie ein als suus heres; er wäre mithin heres und exheres zugleich. Der andere Fall, dessen Scävola erwähnte, wird so zu denken sein: Titius ex fundo capenate heres esto; filius ex eo fundo exheres esto. Weil die Institution begünstiget wird, deshalb wird der Zusatz ex fundo capenate als bei ihr nicht vorhanden angesehen[156]. Weil die Exheredation zu den Dingen gehört, welche die Interpretation, wenn irgend möglich, beseitiget, deshalb hat in Bezug auf sie keine ausdehnende Erklärung statt: demnach wäre der Sohn auch hier heres und exheres zugleich.

2. Wer nicht von allen, zugleich berufenen Erben exheredirt ist, der ist es gar nicht[157]. Der einfachste Fall liegt dann vor, wenn das Testament nur einen Grad hat. Lautet dasselbe beispielsweise: Seius et Sempronius heredes sunto; filius meus exheres esto, so ist der Sohn natürlich von beiden Erben exheredirt. Steht dagegen lediglich geschrieben: „Filius meus a Sempronio exheres esto," so ist der Sohn in Bezug auf Seius und das, was dieser erhalten soll, nicht exheredirt: er ist es daher rechtlich überhaupt

135) *Fr.* 19 *de lib. et post. (Paul.)*: Quum quidam filiam ex asse heredem scripsisset filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adiecit: *et in cetera parte exheres mihi erit* et quaereretur, an recte exheredatus videretur, Scaevola respondit: non videtur, et in disputando adiiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non essent adiuvandae.

156) Fr. 1 § 4 de hered. instit.

157) Wer nicht von allen Erben exheredirt ist, der ist auch von einzelnen Erbschaftstheilen nicht exheredirt.

Digitized by Google

nicht[158]. Hat das Teſtament mehrere Grade, ſo iſt zunächſt für einen jeden einzelnen derſelben die Frage zu beantworten, ob der Notherbe dabei erheredirt ſei oder nicht. Da es nun im einzelnen Fall zweifelhaft ſein kann, ob die im Teſtament ausgeſprochene Erheredation auf einen, mehrere oder alle Grade ſich beziehe, ſo hat ſich für die Beantwortung dieſer Frage das natürliche, von Kaiſer Antoninus ausgeſprochene Prinzip herausgebildet, daß darüber die Abſicht des Teſtators zu entſcheiden habe[159]. Ueberall nun, wo ſich

158) *Fr.* 8 § 3 *de bon. poss. contra tab. (Ulp.):* Si ab uno ex heredibus sit filius exheredatus, Marcellus libro 9. Digestorum scribit, non videri exheredatum; ideirco contra tabulas bonorum possessionem peti posse contra utrumque heredem (das Civilrecht iſt natürlich nicht milder als der Prätor). *Fr.* 3 § 2 *de lib. (Ulp.):* Filius inter medias quoque institutiones heredum recte exheredatur et erit a toto gradu summotus, nisi forte ab unius persona eum testator exheredaverit. Nam si hoc fecit, vitiosa erit exheredatio.

159) Dabei ſpricht der Kaiſer überdies den natürlichen Gedanken aus, daß in Zweifel davon auszugehen ſei, der Teſtator habe die Enterbung generell gemeint: C. 1 de liberis praeteritis (204). Daraus haben ſich folgende Sätze entwickelt. Hat der Erblaſſer ausdrücklich erklärt, für welche Grade die Erheredation gelten ſolle, ſo kommt nichts darauf an, an welcher Stelle des Teſtaments er das gethan (C. 1 cit.). Iſt eine ſolche Erklärung nicht vorhanden: *a*) ſo gilt die Erheredation vor allen Graden für alle Grade (Fr. 3 § 3 de liberis), *b*) die Erheredation nach allen Graden gilt im Zweifel für alle Grade (C. 1 cit., der Kaiſer ſagt von einem ſolchen Fall „nullâ ratio reddi potest, quare videatur in posteriore tantum gradu exheredare voluisse“ und darauf gründet ſich mit Recht die herrſchende Meinung), *c*) die zwiſchen zwei Grade geſtellte Enterbung bezieht ſich auf dieſe beiden Grade (Fr. 3 § 4 de liberis. Fr. 19 p. § 1 de iniusto). *d*) Ueberaus weit geht *Fr.* 3 § 5 *de liberis* [In eo, qui miscuit duos gradus, exheredationem valere Mauricianus recte putat, veluti: primus heres esto ex semisse; si primus heres non erit, secundus ex semisse heres esto; tertius ex alio semisse heres esto, filius exheres esto; si tertius heres non erit, quartus heres esto; nam ab utroque gradu remotus est.]; eine einfache Erklärung dieſes Teſtaments würde dazu führen, es ſei der Sohn zwar von tertius und quartus, alſo inſofern auch von zwei Graden, aber nicht von primus und secundus enterbt, alſo nicht von allen Erben. Aber dann läge eine Ungültigkeit vor, welche Ulpian gerade in Abrede ſtellt. Man wird dieſe Entſcheidung eben als eine exorbitant weitgehende, innerlich ziemlich wenig begründete hinzunehmen haben, und daher ihre Ausdehnung über den gegebenen Fall hinaus mit Vangerow p. 276

Digitized by Google

hiernach eine Präterition des Notherben ergibt, gelten für die Wirkung derselben die gewöhnlichen Grundsätze [160].

6) Der Erheredirte darf für keinen Fall präterirt sein. Der nur für einen Fall Erheredirte ist verletzt durch die Präterition für den andern. Demgemäß ist jede bedingte Erheredation an sich Ver-

verwerfen müssen. Anderenfalls würde man füglich zu dem Satz kommen, die im Testament ausgesprochene Erheredation gelte generell, möge sie stehen an welcher Stelle sie wolle.

160) Im Allgemeinen ist dabei der obige Satz maßgebend, daß der Notherbe verletzt ist, wenn auch nur bei einem der Delaten präterirt. Daß er das sei, kann entweder davon kommen, daß der fragliche Grad von Anfang an eine solche theilweise Präterition enthielt, oder aus dem andern Grunde, weil, während ursprünglich der Notherbe von allen Erben dieses Grades erheredirt war, an die Stelle eines von diesen einer aus dem folgenden Grade, der keine gehörige Erheredation enthielt, nachrückte. Im Uebrigen ist zu unterscheiden: *a*) Der betreffende Notherbe ist filiusfamilias iam natus: dann ist jeder, auch nur theilweise ihn präterirende Grad von Anfang an nichtig, also auch das Nachrücken aus einem solchen unmöglich. *b*) Der Notherbe ist ein Enkel oder eine Tochter: dann gilt auch der präterirende Grad, der Notherbe aber akkrescirt, sobald unter den berufenen Erben auch nur einer sich befindet, bei welchem er präterirt ist. *c*) Der Notherbe ist postumus: hier ist das ganze Testament gültig errichtet, aber mit seinem Erscheinen rumpirt der Postumus einen jeden, ihn präterirenden Grad. Daraus folgt: a) Wenn der Grad, aus welchem die Erbschaft bei seinem Erscheinen deferirt wird, ihn nicht präterirt, so kommt er nun keinesfalls als Notherbe zur Erbfolge; denn gesetzt auch, einer der Delaten fiele weg vor dem Erwerb, so kann nunmehr kein Substitut aus dem, den postumus präterirenden Grade nachrücken, weil dieser ganze Grad mit dem Erscheinen des postumus ungültig geworden ist: demnach akkreseirt der vakant gewordene Erbtheil dem anderen Erben des ersten Grades. [Darauf bezieht sich Fr. 14 p. de liberis am Schluß, das freilich in seinem Ausdruck wenig sorgfältig ist: vergl. Mühlenbruch p. 499. Die gewöhnliche Erklärung will, dem Vorgange von Cujaz folgend, zu excludatur suppliren morte; aber abgesehen von der Gezwungenheit dieser Auslegung, wäre für sie exclusus sit zu erwarten.] b) Wenn einer der Erben des ersten Grades, wobei der postumus gehörig erheredirt ist, wegfällt vor dem Erscheinen des postumus, so rückt sein Substitut nach, wäre auch bei ihm jener präterirt; denn noch gilt das Testament vollständig: erscheint nunmehr der postumus, so tritt der Satz in volle Wirksamkeit rumpendo sibi locum facit, weil er bei einem der Delaten präterirt ist [Auf diesen Fall geht Fr. 19 p. de iniusto, wie schon ein Scholion der Basiliken richtig erkannt hat.].

Digitized by Google

letzung des Notherbenrechts[161]. Das iſt, obgleich man ſich wohl darüber verwundert hat, von dem Standpunkte aus, welchen die römiſche Jurisprudenz hier überhaupt einnimmt, vollkommen in der Ordnung. Denn wenn man die bedingte Erheredation für genügend erklärt hätte, ſo wäre im Falle der Deficienz der Bedingung der Notherbe — und zwar ſogar dem wahrſcheinlichen Willen des Vaters zuwider — doch nicht Erbe geworden, weil nicht inſtituirt: das Reſultat alſo wäre geweſen: abſolute Gleichheit der bedingten Erheredation und der unbedingten[162]. Weil dem ſo iſt, deshalb erſcheint es als vollkommen konſequent, daß das Teſtament dann gültig iſt, wenn mit der bedingten Erheredation eine Einſetzung des Notherben auf

161) *Fr.* 3 § 1 *de liberis et post. (Ulp.):* Pure autem filium exheredari Iulianus putat; qua sententia utimur. *Fr.* 18 *p. de b. p. contra tab. (Hermog.):* Sed sub conditione exheredatus contra tabulas bonorum possessionem petet, licet sub conditione institutus a contra tabulas bonorum possessione excludatur: certo enim iudicio liberi a parentum successione removendi sunt. Auch von dem unter einer Poteſtativbedingung Erheredirten gilt das, obgleich der unter einer derartigen Bedingung Inſtituirte nicht für präterirt geachtet wird: beides mit Recht; denn der letzte wird nur dann nicht teſtamentariſcher Erbe, wenn er nicht will, der erſte dagegen wird es nicht, auch wenn er es will. Vergl. Förſter p. 67, Mühlenbruch p. 421.

162) In dieſem Sinne verſtehe ich auch Hermogenian's Grund: certo enim iudicio liberi removendi sunt. Sein Ausſpruch bezieht ſich nicht auf den Fall, wo eine Erheredation für den umgekehrten Fall hinzugefügt wurde; denn der iſt ja gültig. Das incertum iudicium muß alſo gerade darin liegen, daß die Inſtitution für den anderen Fall fehlt; der Erblaſſer hat es für einen Fall unbeſtimmt gelaſſen, was ſein Wille ſei und eben das iſt ſein Fehler. Francke (p. 62) freilich legt der Begründung des Juriſten keinen Werth bei, dieſer demonſtrire idem per idem. Er ſelber findet den Grund darin, daß die Enterbung zur Form des Teſtaments gehöre; eine bedingte Enterbung würde nun eine Ungewißheit des ganzen Teſtaments enthalten. Dagegen erklärt ſich hinwiederum Mühlenbruch p. 415, ſeinerſeits annehmend, wer der Enterbung eine Bedingung hinzufüge, der ſei zu dieſer Handlung noch nicht ſo entſchloſſen, als ihr Ernſt und ihre Bedeutung es erfordern; ein moraliſirender, zu dieſem Formenrecht überhaupt wenig paſſender Satz, auf den er die meiſten Beſonderheiten der Erheredation zurückzuführen geneigt iſt.

Digitized by Google

den umgekehrten Fall verbunden wurde: denn hier besteht für keinen Fall eine Präterition[163].

7) Die bis hierher beschriebenen Erfordernisse gehören zur Gültigkeit einer jeden Erheredation[164]. Schon aus der Art, wie sie uns mitgetheilt werden, ergibt sich ihre Entwickelung durch die Jurisprudenz. Eben daraus erhellt, daß jene keineswegs insgesammt der älteren Zeit entstammen; aus dieser kommt allerdings der allgemeine Geist des Instituts: die feinere Entwickelung des Details gehört der Zeit an, in welcher die Jurisprudenz überhaupt zur vollkommenen Blüthe gelangte.

Noch ist ein Requisit zu untersuchen, welches nachweislich erst in einer späteren Zeit aufgestellt, in seinen Anfängen keineswegs auf alle Fälle der Enterbung bezogen wurde: das nominatim exheredare.

Die Bezeichnung der zu enterbenden Personen konnte von jeher in doppelter Weise erfolgen. Entweder nämlich man hob das betreffende einzelne Individuum besonders hervor: nominatim exheredare, oder man bediente sich eines generellen Ausdrucks, unter welchen auch der Notherbe fiel: exheredatio inter ceteros. Die letzte Form ist unzweifelhaft der den Erbeseinsetzungen nachfolgende Satz: ceteri omnes exheredes sunto[165]. Derselbe läßt, wie einfache Betrachtung zeigt, die Möglichkeit offen, daß einzelne Notherben doch nur durch ein Versehen, durch Irrthum des Testators sich

163) S. oben bei Anm. 121 ff. Da die Erheredation überhaupt den Institutionen vorausgestellt werden darf, so gilt das natürlich auch von der bedingten. Seltsamer Weise findet darin Mühlenbruch p. 416 ff. eine Präterition: dagegen Arndts im Rechtslexikon III p. 892.

164) Einzelne derselben werden allerdings nur beim Sohn erwähnt; aber das geschieht eben nur beispielsweise. Lediglich da sind wir berechtiget, eine Beschränkung auf den Sohn anzunehmen, wo uns das ausdrücklich gesagt wird.

165) Die Form der exheredatio inter ceteros wird öfter erwähnt als mitgetheilt. Für die Annahme des Textes spricht der ganze Zusammenhang der Dinge, desgleichen Theophilus (zu p. § 1 I. de exh. lib.), der inter ceteros durch ἀορίστως überträgt und als Formel gibt: ἔστω μου ὁ δεῖνα κληρονόμος, οἱ δὲ λοιποὶ ἔστωσαν ἀπόκληροι. Vergl. Fr. 25 p. de liberis et postumis.

Digitized by Google

nicht unter den eingesetzten Erben finden. Trotzdem wurde auch diese Form anfänglich allgemein als genügend angesehen[166]. Cicero hat in einer gelegentlichen Erzählung uns die Veranlassung mitgetheilt, welche eine Veränderung herbeiführte[167]. Offenbar bei seinen Lebzeiten[168] war es vorgekommen, daß ein Vater, nachdem er seinen beim Heer befindlichen einzigen Sohn zum Erben eingesetzt, in einem zweiten späteren Testament deshalb einen beliebigen Dritten zum Erben ernannt und die gewöhnliche Klausel der exheredatio inter ceteros hinzugefügt hatte, weil ihm die falsche Nachricht zugekommen war, der Sohn sei gestorben. Die Centumvirn, vor welche der Prozeß gemäß der allgemeinen Regel gehörte, erkannten hier zum

166) Das sagt ganz entschieden Justinian in C. 4 p. de liberis praeteritis, wo er es überhaupt versucht, eine kurze Geschichte der Exheredationsform zu geben: Scimus etenim, antea simili modo et filium et alios omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum, quum etiam centumviri aliam differentiam introduxerunt. Wir haben gar keinen Grund, an der Richtigkeit dieser Mittheilung zu zweifeln.

167) *Cicero de oratore I*, 38: Quae potuit igitur esse causa maior, quam illius militis? de cuius morte quum domum falsus ab exercitu nuntius venisset et pater eius re credita testamentum mutasset et quem ei visum esset fecisset heredem essetque ipse mortuus: res delata est ad centumviros, quum miles domum revenisset egissetque lege in hereditatem paternam [testamento exheres filius]. Nempe in ea causa quaesitum est de iure civili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim? [Die von Gruneſi, Ellendt und auch noch von der Halm'ſchen Ausgabe eingeklammerten Worte ſtehen handſchriftlich feſt; man hat ſie wohl deshalb verdächtiget, weil hier nicht derſelbe Sohn ſchlechthin für exheredirt gelten konnte, deſſen Exheredation im nächſten Satz für rechtlich zweifelhaft erklärt wird. Aber jene haben einen vollkommen guten Sinn; ſie vertreten nämlich die damals gewöhnliche, den im Teſtament eingeſetzten Erben zur Stütze dienende Anſicht, wonach durch die dem Teſtament beigegebene exheredatio inter ceteros auch der Sohn als enterbt zu gelten hatte.] Vergleiche de oratore I, 57. Auch Valerius Maximus (VII. 7, 1) erzählt die obige Geſchichte, aber ſeine wenig ſorgfältige Relation hat deshalb geringen Werth, weil aller Wahrſcheinlichkeit nach gerade Cicero, wie ſo oft, ſeine einzige Quelle war.

168) Denn wenn auch Cicero weder Namen noch Zeit angibt, ſo ſpricht er doch davon wie von einem, ſeinen Zeitgenoſſen ganz geläufigen Fall; wie er überhaupt ſeine juriſtiſchen Beiſpiele der Geſchichte des Tags zu entnehmen pflegte.

Digitized by Google

ersten Mal, daß der nicht nominatim sondern lediglich inter ceteros erheredirte Sohn als präterirt zu betrachten sei[169]. Sie forderten daher für die Enterbung des Sohnes, daß die Erheredationsform selber den Beweis liefere, der Vater habe, als er sie aussprach, des Sohnes gedacht[170]. Für die Nothwendigkeit dieses Erfordernisses wurden von dem civile ius anfangs folgende Unterscheidungen festgehalten. Von den bei der Testamentserrichtung vorhandenen Notherben mußte lediglich der Sohn nominatim enterbt werden, für alle übrigen (Tochter, Enkel) genügte entschieden exheredatio inter ceteros[171]. Die Postumen anlangend, so stand es fest, daß der Sohn nominatim zu enterben sei; desgleichen, daß Töchter und Enkelinnen dann gültig inter ceteros erheredirt waren, wenn die Zuwendung eines Legats an sie damit verbunden wurde[172]. Dagegen über das Recht der nachgeborenen männlichen Enkel bestand eine Zeit lang Verschiedenheit der Ansichten; aber die spätere Praxis entschied sich für die Nothwendigkeit der nominatim facta exheredatio[173]. Als der

169) Cicero theilt die Entscheidung des Gerichtshofs nicht ausdrücklich mit, allein schon nach der Art, wie er spricht, würden wir anzunehmen haben, daß sie in dem obigen Sinne ausgefallen sei, wenn es auch weder Valerius Maximus noch Justinian ausdrücklich sagte.

170) Die exheredatio inter ceteros mit der Hinzufügung eines Legats an den Sohn hätte natürlich materiell diesen Beweis auch gebracht: aber der Vater soll ihn in der Form der exheredatio liefern.

171) Ulp. XXII. 20. Gai. II. 123. 127. p. I. de exheredat. lib. Theophil. cod I. Gai. Visig. II, 3 p. Daß namentlich die filia iam progenita durch exheredatio inter ceteros auch ohne Hinzufügung eines Legats gültig beseitiget wurde, bezeugt Justinian in C. 4 § 2 de liberis praeteritis. Vergl. Mühlenbruch, Band 37 p. 99.

172) Ulp. XXII. 21. § 1 I. de exh. lib. Theoph. cod. l. Der Sinn der Sache ist: in Bezug auf den filius postumus wird, wie angegeben, verlangt, daß der Erblasser den Beweis, daß er seiner gedacht, in der Enterbungsform selber liefere; für Töchter und Enkelinnen genügt dieser in Legatsform erbrachte Beweis.

173) Ulpian nämlich spricht in den Fragmenten (XXII, 22) als seine Meinung aus, es genüge auch hier exheredatio inter ceteros mit einem Legat, obschon er sich veranlaßt sieht hinzuzufügen: sed tutius est tamen nominatim eos exheredari; et id observatur magis. Dagegen alle anderen Quellen fordern namentlich Enterbung: Paulus III, 4 B, § 10. Alexander in C. 2 de lib.

Prätor sein Edikt über die bonorum possessio contra tabulas aufstellte, genügte ihm zwar für die Frauen die inter ceteros exheredatio, dagegen verlangte er für alle männlichen Geschlechts das nominatim exheredare, also auch für die nepotes schlechthin, nicht blos für die nepotes postumi[174]. Den letzten Schritt endlich, auf welchen die Dinge sichtlich hinwiesen, thut Justinian; die Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts beseitigend, schreibt er vor, daß alle, auch die weiblichen Notherben, nominatim enterbt werden müssen. Es ist daher seit dieser Zeit die namentliche Enterbung allgemeines Erfordernis überhaupt, allen formell Berechtigten gegenüber[175].

Als nominatim facta exheredatio gilt, wie gesagt, eine jede individuelle Bezeichnung des Betreffenden[176]; möge dieselbe durch

---

praet. § 1 I. de exh. lib. Theoph. eod. l. und sogar Ulpian in der justinianischen Kompilation: Fr. 3 p. de iniusto; Fr. 10 § 2 de testam. tut. Möglich, daß die Kompilatoren, wie Cujaz ad Fr. 4 de liberis meint, Fr. 3 in diesem Sinne geändert haben (Fr. 10 hat er nicht bemerkt); ebenso möglich, daß Ulpian selber in späteren Schriften dieser Ansicht huldigte.

174) Ulp. XXII, 23. Gai. II, 129, 135. § 3 I. de exh. lib. Theophil. eod. l. C. 4 p. de liberis praeteritis. Die Gesammtheit dieser Stellen macht es unzweifelhaft, daß diese prätorische Vorschrift auf die Civilerben ebenfalls bezogen wurde. Es muß jedoch auch eine andere Ansicht über diesen Punkt bestanden haben; denn sonst hätte Ulpian, von dem praktischen Rechte seiner Zeit redend, nicht sagen können, es sei rücksichtlich der nepotes postumi sicherer, sie nominatim zu enterben; er hätte vielmehr sagen müssen, es sei das nach prätorischer Vorschrift nothwendig. Vielleicht verhielt sich die Sache so: das Edikt handelte in dem Zusammenhange, in welchem es der Exheredationsform gedacht, nur von den emancipati; dabei mag der eine Theil der Juristen stehen geblieben sein, der andere überwiegende dagegen stellte den Satz auf, was der Prätor für die emancipati verlange, das müsse man selbstverständlich um so mehr für die sui beanspruchen.

175) C. 4 § 12 de liberis praeteritis. § 5 I. de exheredatione lib. Theophil. eod. loco.

176) *Theophil. ad p. I. de exhered. lib.*: — *καὶ ἁπλῶς, πᾶσα φράσις σαφῶς δηλοῦσα τὸ ὑποκείμενον πρόσωπον*, nominatim *ἐξεκδατίονα ἀποτελεῖ*. — Das Erfordernis des nominatim findet sich auch sonst. Die lex furia verlangte, daß die Freiheit dem Sklaven im Testament nominatim ertheilt werde und daß hier

Angabe seines Namens[177] erfolgen oder durch eine, nach den Umständen klare Demonstration[178]. Nur in einer Stelle von Paulus wird mit Verläugnung dieses ursprünglich charakteristischen Moments die Formel ceteri omnes filii filiaeque meae exheredes sunto ebenfalls für eine exheredatio nominatim facta erklärt[179].

---

die demonstratio genüge, bestimmte das orfitianum senatusconsultum: Paul. IV, 14 § 1. Fr. 24. 27 de manumissis testamento. Auch in dem libonianum, ferner in einem SC. Lupo et Largo Coss. findet sich die Erwähnung des nominatim exheredare: Fr. 10 § 1 de lege cornelia. Gai. III, 63. 71. — Ganz analog heißt es in *Fr.* 34 *p. de cond. et dem. (Flor.):* Nominatim alicui legatur ita: Lucio Titio; an per demonstrationem corporis vel artificii vel officii vel necessitudinis vel affinitatis, nihil interest; nam demonstratio plerumque vice nominis fungitur, nec interest, falsa an vera sit, si certum sit, quem testator demonstraverit.

177) *Fr.* 1 *de lib. et post. (Ulp.):* Quid sit nominatim exheredari, videamus; nomen et praenomen et cognomen eius dicendum est; an sufficit vel unum ex his? Et constat sufficere.

178) Durch die Formel filius meus exheres esto ist der einzige Sohn gehörig demonstrirt (p. I. de exh. lib. Fr. 2 de lib. et post. Vergl. Gai. II, 127. Serv. ad Aen. IV, 674), ebenso ex Scia natus: Fr. 3 de lib. et post., ferner genügt die Angabe der Beschäftigung, des Alters, der Farbe u. s. w.: Theoph. ad p. I. h. t., endlich sogar die ihn treffende Beschimpfung: [*Fr.* 3 *p. eod.:* Et si pepercerit filium dicere, ex Scia autem natum dixit, recte exheredat; et si cum convitio dixerit: non nominandus vel non filius meus, latro, gladiator, magis est, ut recte exheredatus sit; et si ex adultero natum dixerit. Mühlenbruch p. 302 will verbinden: non filius meus, latro, gladiator. Gewiß nicht richtig, schon das non nominandus am Anfang ist gegen die Verbindung und sicherlich demonstrirt unter Umständen jede einzelne dieser Bezeichnungen vollkommen]. — Bei dem postumus war natürlich Namennennung überhaupt unmöglich. Als Formeln für seine Enterbung finden wir: postumus exheres esto; quicunque mihi filius unus pluresve in decem mensibus gignuntur, exheredes sunto; quicunque filius aut filia mihi natus natave fuerit, exheres sit; venter exheres esto u. s. w. (Gellius III, 16, 13. Gai. Vis. II, 3, 2. § 1 I. de exh. lib. Theoph. eod. l. Fr. 3 § 5. Fr. 14 de inius to. C. 4 de postumis); und daß solche Formen als namentliche Enterbungen der Postumen zu gelten haben, bezeugt ausdrücklich Justinian in C. 4 § 2 de liberis praet. Ueber die postumorum loco s. oben.

179) *Fr.* 25 *p. de lib. et post. (Paul. lib.* 12 *resp.):* Titius testamento he-

Digitized by Google

8) Fragen wir endlich noch, welche Absicht der Vater mit dieser Exheredation verbinden müsse, damit sie gültig sei, so finden wir einen wesentlichen Unterschied zwischen der Auffassung der früheren und der späteren Zeit.

Noch zu Cicero's Zeit war die Form Alles. Fand sie sich gehörig beobachtet, so galt das Kind für enterbt, selbst dem klaren Willen des Testators zuwider. Das beweist der besprochene Fall in de oratore. Daß der Vater nur deshalb ein neues Testament gemacht, den Sohn nicht eingesetzt und die Klausel der exheredatio inter ceteros hinzugefügt hatte, weil er den Sohn für todt hielt, war unzweifelhaft. Aber daß bei Wahrung der Exheredationsform gerade dieser Irrthum ein Grund für ihre Ungültigkeit sein könne, daran dachte Niemand: gerade weil man das nicht glaubte, verlangte man damals zum ersten Male die namentliche Enterbung des Sohnes und aus demselben Gesichtspunkt ist das in anderen Fällen aufgestellte Erfordernis des Legats bei exheredatio inter ceteros hervorgegangen.

---

redem instituit, et filium habens sic exheredationem posuit: *ceteri omnes filii filiaeque meae exheredes sunto;* Paulus respondit, filium recte exheredatum videri. Postea consultus, an videatur exheredatus, quem pater putavit decessisse, respondit, filios et filias nominatim exheredatos proponi, de errore autem patris, qui intercessisse proponitur, apud iudicem agi oportere. Es leuchtet ein, daß hier eine individuelle Hervorhebung des einzelnen Kindes nicht vorliege; der ganze Unterschied von der gewöhnlichen exheredatio inter ceteros besteht in dem Gebrauch der Worte filii omnes anstatt ceteri omnes und es beweisen dieselben, daß der Testator nicht blos der ganzen Welt, sondern insbesondere seiner Kinder gedacht habe: dagegen beweisen sie nichts für das Gedenken an das bestimmte einzelne Kind. Mithin liegt hierin ein Nachlassen von der Strenge der alten Form. Diese Abweichung von dem üblichen Recht, welche in der Stelle nicht zu verkennen ist, hat z. B. Schrader ad p. I. de exh. lib. bestimmt, die genannte Formel für eine exheredatio inter ceteros zu erklären, welche nur dann einer nominatim facta gleich zu achten sei, wenn, wie in dem Fall der Stelle, lediglich ein einziger Sohn vorhanden. Obgleich nun auch Mühlenbruch p. 306 ff. dieser Ansicht huldiget, so verstößt sie doch gegen die klarsten Worte des Juristen: filios et filias nominatim exheredatos videri. Siehe Francke p. 61, Arndts im Rechtslexikon III p. 891, Savigny, System III p. 380.

Anders lautet das Recht der Pandekten. Das ergibt sich aus Folgendem:

Obgleich der Soldat sein Kind durch Präterition formell gültig exheredirt, so besteht doch dann, wenn diese Präterition nicht in der Absicht der Exheredation, sondern aus Irrthum erfolgte, keine rechtsgültige Exheredation [180].

Wenn der Vater im Testament der Enterbung als Grund beifügt, der Enterbte sei nicht sein Kind: so ist im Falle des Irrthums die Exheredation ungültig, weil der Vater gar nicht die Absicht gehabt, sein Kind zu enterben [181].

Die Enterbung, welche das Kind nicht individuell bezeichnet, ist dann ungültig, wenn der Beweis geliefert wird, daß der Vater irrthümlich dasselbe für todt gehalten [182].

Daraus ergibt sich: nach den Anschauungen einer milder gewordenen Zeit besteht überhaupt die formell gehörig erfolgte Exheredation nur dann zu Recht, wenn sie von dem Vater in der Absicht hinzugefügt wurde, sein Kind zu enterben, ohne eine solche ist schlechthin eine jede Exheredation wirkungslos: und es begreift sich, daß Paulus, von diesem neuen Grundsatze ausgehend, gerade in diesem Zusammenhang das Requisit des nominatim exheredare in laxere Formen zu fassen geneigt sein konnte.

---

180) § 6 I. de exhered. lib. Fr. 33 § 2. Fr. 36 § 2 de testamento mil. C. 9. 10 eod. tit.

181) *Fr.* 14 § 2 *de lib. et p. (Afric.):* Si quis ita scripserit: ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto, hanc exheredationem ita nullius momenti esse ait, si probetur ex eo natus; non enim videri quasi filium exheredatum esse, quum elogium pater, quum filium exheredaret, proposuisset, et adiecisset propter eam causam exheredare probaturque patrem circa causam exheredationis errasse. Fr. 15 eod. Fr. 1 § 9 de carboniano edicto. Uebrigens kann die Bezeichnung non filius meus auch lediglich als Beschimpfung hinzugefügt sein (Fr. 3 p. de lib. et post.): dann liegt die einzige Hülfe in der querela inofficiosi, Fr. 27 § 1 de inoff. test.

182) Fr. 25 p. de lib. et post. (oben in Anm. 179). Das ist also der entschiedene Gegensatz zu dem Rechte aus Cicero's Zeit.

Digitized by Google

Prätoriſches Recht.

Digitized by Google

Digitized by Google

Wer irgend ein bedeutsames Glied der bonorum possessio in seinem inneren Zusammenhang erforschen will, der kann sich der Grundfrage nicht entziehen: zu welchem Zweck und für wen ist die bonorum possessio überhaupt entstanden? Ich meinestheils bekenne mich zu der Ansicht, wonach jene, eine vorläufige Repräsentation des heres, vom Prätor eingeführt wurde des heres wegen. Derjenige, dem sie zugetheilt wurde als dem wahrscheinlichen heres, bekam dadurch die Möglichkeit, sich auf dem Wege Rechtens in den Besitz der hereditas zu setzen, und zwar insbesondere in den Besitz der corpora hereditaria durch das interdictum Quorum bonorum. Dieser aber brachte — abgesehen von der thatsächlichen Bedeutung eines jeden Besitzes — den doppelten rechtlichen Vortheil, daß der Besitzer einmal in die Lage kam pro herede zu usukapiren und daß er zweitens — und darauf liegt das Hauptgewicht — für den Fall eines nachträglichen Prozesses um das Erbrecht der Rolle des Beklagten bei der hereditatis petitio sicher war[1].

---

1) Für unrichtig halte ich die Vermuthung, zufolge welcher die bonorum possessio zwar für den heres, aber nicht damit er die Rolle des Beklagten bei der hereditatis petitio erlange, sondern deshalb entstanden sein soll, damit durch sie die vindiciae in der legis actio sacramento ertheilt werden (Fabricius). a) Die Ertheilung der vindiciae bildet ein, der vindicatio und der provocatio sacramento nachfolgendes Glied des vor dem Prätor gegen eine bestimmte Person begonnenen Rechtsstreits, wobei der Magistrat für eine der beiden Parteien entscheidet; dagegen wird die bonorum possessio ertheilt vor dem Beginn eines Prozesses und ohne die Anwesenheit eines Gegners: Cicero in Verr. I, 45 § 115.

Digitized by Google

Vom Standpunkte dieſer Auffaſſung aus erſcheint es zwar nicht als abſolut nothwendig, aber als bei weitem am natürlichſten, daß — anders als man gewöhnlich anzunehmen pflegt — eine contra tabulas bonorum possessio ſo früh vorhanden geweſen, als es überhaupt eine bonorum possessio gab[2]. Denn zu der Zeit, wo der Prätor dieſe zum erſten Mal in das Edikt aufnahm, beſtanden zuverläſſig mindeſtens die Anfänge des civilen Notherbenrechts: alſo war die Veranlaſſung zu dem, was der Prätor contra tabulas bonorum possessio nennt, vollkommen vorhanden[3]. Auch nöthigt

---

b) Die vindiciae, nur Bedeutung habend für die ſtreitenden Parteien, können auch bei der hereditatis petitio lediglich auf diejenigen zur Erbſchaft gehörigen Dinge ſich beziehen, welche gerade dieſe Parteien beſitzen: dagegen ergreift die bonorum possessio alle zur Erbſchaft überhaupt gehörigen Dinge, ſie bringt das interd. Quorum bonorum ſchlechthin gegen einen Jeden, der res hereditariae entweder pro herede oder pro possessore beſitzt.

2) Uebrigens glaube ich nicht (mit Francke, Notherbenrecht p. 122 und Leiſt, bonorum possessio II. p. 84), daß für dieſen hiſtoriſchen Gang Fr. 1 p. § 6 de bonorum possessione contra tabulas den äußeren Beweis liefere. Ulpian ſpricht hier in dogmatiſcher Weiſe von dem vollſtändig entwickelten Recht ſeiner Zeit. Dieſes ruft die liberi, und zwar, wie das Principium des Fragments ſagt, einerlei wie ſie das geworden ſind, ſei es durch Zeugung oder durch Adoption. [Daraus folgt keineswegs, wie man behauptet, daß Ulpian, wenn er ſagt: In contra tabulas bonorum possessione liberos accipere debemus sive naturales sive adoptivos, unter liberi blos die sui verſtanden habe; denn wenn es auch vollkommen richtig, daß die adoptivi nach der emancipatio nicht mehr erbberechtiget ſind, ſo iſt es doch ebenſo gewiß, daß ſie nach der Emancipation nicht blos nicht mehr sui ſondern auch nicht mehr liberi im prätoriſchen Sinne ſind (vergl. Anmerkung 25); demnach ſteht der Auffaſſung des Wortes liberos bei Ulpian in ſeinem prätoriſchen Sinne nichts entgegen.] Der ſechſte Paragraph fügt hinzu: Et sui iuris factos liberos inducit in bonorum possessionem praetor; indem der Juriſt ein Ding nach dem anderen beſpricht, ſetzt er weiter auseinander, der Prätor habe auch die liberi sui iuris facti in dieſe bonorum possessio eingeführt, nicht aber ſagt er, daß der Prätor dieſe liberi ſpäter eingeführt habe als die andern.

3) Nach dieſer Auffaſſung iſt auch die contra tabulas bonorum possessio lediglich adiuvandi iuris civilis causa entſtanden. Uebrigens gehen die Anſichten unſerer Schriftſteller über dieſen, durch kein äußeres Zeugnis zu entſcheidenden

Digitized by Google

uns Cicero durch die bekannten Mittheilungen in den Verrinischen Reden keineswegs zu dem Schluß, es habe damals noch keine solche bonorum possessio gegeben. Denn wenn auch daraus erhellt, daß zur Zeit des Redners die contra tabulas nicht, wie in der julianischen Ordnung, an der ersten Stelle des, von der Ertheilung der bonorum possessio handelnden Edikts gestanden: so steht doch der Annahme, daß jene am Schluß dieses Edikts verzeichnet war, nicht das Mindeste im Wege. Im Gegentheil ist das gerade für die damalige Zeit ihr vollkommen angemessener Platz; denn die Erbfolge aus dem Testament und die ab intestato bilden die allgemeine Regel:

Punkt begreiflicher Weise sehr auseinander. Am nächsten steht der Darstellung des Textes wohl Francke, p. 121, 122, der die contra tabulas b. p. als für die sui heredes und zwar damit diese in den Besitz der Erbschaft gelangen, entstanden ansieht. Schon wesentlich anders betrachtet Leist (II, 1 p. 151) die Sache; denn nach ihm wurde die c. t. b. p. zwar auch für einen Theil der sui heredes, aber nicht adiuvandi sondern corrigendi iuris civilis causa eingeführt, nämlich damit die suae und die nepotes sui die Macht erhielten, das Testament zu rescindiren. [Gegen diese Ansicht, wonach Kaiser Antoninus zu einem großen Theil wieder beseitiget haben würde, was der ursprüngliche Zweck dieser bonorum possessio gewesen, vergleiche auch *Hingst*, comment. de bonorum possessione p. 148.] Die herrschende Auffassung endlich geht dahin, dieselbe sei corrigendi iuris civilis causa für die emancipati geschaffen worden: so Savigny (vermischte Schriften II, 230), Mühlenbruch p. 5, Hingst p. 147. Man beruft sich hierfür namentlich auf *Ulp. XXVIII*, 2: Contra tabulas bonorum possessio datur liberis emancipatis testamento praeteritis, licet legitima non ad eos pertineat hereditas; aber Ulpian macht hier keine historische, auf die Vergangenheit bezügliche Bemerkung, sondern spricht vom praktischen Recht seiner Zeit. Er hat nicht die Absicht, die Gesammtheit der zur contra tabulas b. p. Berechtigten aufzuzählen, vielmehr hebt er ausschließlich den Punkt hervor, daß die emancipati lediglich prätorische Notherben sind. Ferner macht man geltend, die contra könne nicht für die sui eingeführt sein, weil das edictum de legatis praestandis ursprünglich alle contra tabulas bonorum possessores, also auch den suus als solchen mit umfaßt habe, was einer faktischen Ausschließung des suus von der bonorum possessio gleichkomme und wovon der letztere erst durch die Interpretation befreit worden sei. Aber es wird sich später zeigen, daß gerade die Wortfassung des genannten Edikts den suus filius und die Postumen niemals ergriff.

Digitized by Google

in der Erbfolge der sui gegen das Teſtament liegt eine, durch die Jurisprudenz herangebildete Ausnahme von der Regel, welche, wie alle Ausnahmen, ſachgemäß der Regel nachfolgte[4].

Aber wenn das auch die urſprüngliche, lediglich dem Dienſte des civile ius geweihte Bedeutung der contra tabulas bonorum possessio war, ſo blieb es doch keineswegs die einzige. Der große Schritt, welchen der Prätor in der Entwickelung des Notherbenrechts vorwärts that, beſtand darin, daß er, Hand in Hand mit ſeiner korrektoriſchen Neugeſtaltung des Inteſtaterbrechts durch die Klaſſe unde liberi, die Zahl der Notherben nach einem neuen Prinzip vermehrte, auch die emancipati liberi in dieſen bevorzugten Kreis aufnehmend (corrigendi iuris civilis causa). Auch dieſer Fortſchritt beſtand meines Dafürhaltens ſchon zu Cicero's Zeit[5]. Einen vollſtändigen äußeren Beweis gibt es allerdings nicht[6]: dafür aber

---

4) Vergl. Anm. 6.

5) Obgleich ſchon Huſchke in ſeiner gediegenen Recenſion von Fabricius Schrift über den Urſprung der bonorum possessio (Leipziger kritiſche Jahrbücher von 1839 p. 16 ff.) dieſe Anſicht mit ſchlagenden Gründen vertheidigte, ſo hat er doch bei ſeinen Nachfolgern ſo wenig Anklang gefunden, daß Hingſt, p. 84, kein Bedenken trägt, dieſelbe als einen error Huschkii maxime conspicuus zu bezeichnen. Die Meiſten halten es eben für durch Fabricius bewieſen, daß die contra tabulas und die unde liberi bonorum possessiones gleichzeitige Schöpfungen des Kaiſers Auguſtus ſeien.

6) Aber jedenfalls iſt die vielbeſprochene Stelle in Verrem I, cap. 44, 45 von großem Gewicht nach dieſer Seite hin, obgleich gerade ihrer Fabricius als ſeiner Hauptſtütze ſich bedient. Sie zeigt, daß das damalige Edikt mit der bonorum possessio secundum tabulas begann; denn dieſe folgt ſofort nach den einleitenden Worten si de hereditate ambigitur. Sie lehrt uns ferner, daß auf das Edikt über die secundum tabulas das über die, dem heres zu gewährende bonorum possessio intestati folgte: das ergibt ſich aus § 117 in Verbindung mit § 114. Aber ſie beweiſt keineswegs, daß mit dieſer zweiten Klauſel das Edikt über die Ertheilung der bonorum possessio zu Ende war. Im Gegentheil wiſſen wir mit Sicherheit, daß die ſuppletoriſche Klaſſe unde cognati ſchon damals beſtand (*Cicero* pro Cluentio cap. 60 cfr. cap. 15, oratoriae partit. cap. 28). Ferner zeigen die in cap. 45 cit. erhaltenen Edikтsworte: secundum tabulas testamenti potissimum hereditatem [richtiger hereditatis possessionem] dabo, daß die Er-

Digitized by Google

ſpricht gebieteriſch, wie mir ſcheint, die ganze Lage der Dinge. Das natürliche Band der Blutsverwandtſchaft, welchem das römiſche Recht zu keiner Zeit die Anerkennung ganz verſagt hat[7], war in der prätoriſchen Erbfolge entſchieden zur Anerkennung gekommen durch die Klaſſe unde cognati[8]. Andererſeits wiſſen wir gewiß, daß die emancipatio ſchon mehrere hundert Jahre vor Cicero in Uebung war[9]. Es iſt ferner mindeſtens höchſt wahrſcheinlich, daß zu Cicero's Zeit die querela inofficiosi testamenti gegen das Teſtament des natürlichen Vaters ſogar dem in adoptionem datus filius gegeben wurde[10] und unter dieſer Vorausſetzung ſelbſtverſtändlich,

---

theilung der secundum tabulas b. p. in der Regel (ſo wird potissimum zu übertragen ſein) erfolgen ſolle, alſo Ausnahmen zugelaſſen werden. Ebenſo kehrt in der, in indirekter Rede cap. 44 referirten, nicht wörtlich genau gegebenen Klauſel von der bonorum possessio intestati das potissimum wieder, ein Zeichen dafür, daß auch hier von der Ertheilung der bonorum possessio an den heres Ausnahmen gemacht werden ſollten. Welche andere Ausnahmen können das füglich ſein, als die in der b. p. contra tabulas und in der Inteſtatklaſſe unde liberi ausgeſprochenen? Und ſo wird denn eine korrektoriſche, die b. p. unde liberi und contra tabulas zu Gunſten derſelben Perſonen einführende Klauſel den Schluß gebildet haben.

7) Vergl. Klenze, die Kognaten und Affinen, in Savigny's Zeitſchrift VI, p. 1 ff.

8) Siehe Anm. 6.

9) Im Jahre 397 wird C. Licinius Stolo verurtheilt, weil er, um das von ihm ſelbſt durchgeſetzte agrariſche Geſetz zu umgehen, ſeinen Sohn emancipirt hatte: Liv. VII, 16. Valerius Max. VIII, 6, 3. Die Emancipation war mithin ein damals ſchon vollkommen eingebürgertes Rechtsinſtitut.

10) Darüber, ob die querela inofficiosi testamenti ſchon zu Cicero's Zeit exiſtirte, ſind die Stimmen allerdings getheilt. Wenn auch die gemeine Meinung dafür iſt, ſo ſprechen ſich doch Andere, namentlich Bluntſchli, p. 133 ff., dagegen aus. Daß in Verr. II, 1, 42 keinen vollſtändigen Beweis für die Exiſtenz jener Klage darbiete, iſt allerdings zuzugeben, dennoch aber iſt ſicher, daß hier die Umſtoßung eines inofficiosum testamentum durch das Gericht als etwas innerlich Gerechtfertigtes hingeſtellt werde. Hauptſächlich unterſtützend für die Meinung des Textes iſt Val. Maxim. VII, 7, 2, wo in einem Fall aus der Zeit des Pompeius das Teſtament eines Vaters zu Gunſten ſeines in Adoption gegebenen Sohnes umgeſtoßen wird. Der ungenaue Referent bezeichnet die Form nicht, in welcher geholfen wird. Daß es eine bonorum possessio ſei, iſt

Digitized by Google

daß sie auch dem emancipatus zustand. Weiter ist es gewiß, daß es um dieselbe Zeit eine bonorum possessio contra tabulas gab, welche, lediglich auf der aequitas beruhend, dem civile ius widersprach: die des Patrons wider den Freigelassenen[11]. Es ist ferner so gut wie gewiß, daß die eben genannte bonorum possessio schon damals auch dem emancipatus filius patroni gewährt wurde[12]. Endlich bestehen in derselben Zeit mindestens zwei Institute, welche nach zweifellosen Quellenzeugnissen zunächst nach den Bedürfnissen der contra tabulas bonorum possessio eingerichtet waren[13]. Ist

wenig glaublich. Denn die contra tabulas b. p. wäre zu keiner Zeit hier anwendbar gewesen, die unde liberi aber, wie Schulting und Andere wollen, wäre in diesem Falle geradezu unerhört. Die ganze Darstellung weist darauf hin, daß hier die Macht der Centumviri in Frage stand; gerade diese aber äußerte sich vorzugsweise in der, erst allmälig in feste Grenzen eingeschlossenen inofficiosi testamenti querela.

11) Diese bonorum possessio wurde eingeführt: a) nach 636, weil sie ein, von Rutilius, dem Prätor dieses Jahres, erlassenes Edikt ändert (Fr. 1 § 1 de bonis libertorum), b) vor 680, weil der Prätor Verres in diesem Jahre eine Fortbildung derselben vornimmt: in Verr. I, 48.

12) Die emancipirten Kinder des Patrons haben diese bonorum possessio: Fr. 2 § 2. Fr. 5 § 1. Fr. 12 § 7. Fr. 38 p. Fr. 39 p. de bonis libertorum. Fr. 9 p. de iure patronatus; sie haben dieselbe schon geraume Zeit vor der lex iulia et papia, weil sie durch dieses Gesetz auf die Kinder der patrona ausgedehnt wird: Gai. III, 53.

13) 1) Das edictum carbonianum existirte zur Zeit der sinkenden Republik: Fr. 9 de carb. ed. (Das nimmt sogar Fabricius p. 93 an, nach dem Vorgange von Förster p. 142.) Leist hat, unter Zustimmung von Hingst p. 158, darauf entgegnet, daß die carboniana bonorum possessio auch für die secundum tabulas, desgleichen für unde legitimi und unde cognati vorkomme: Fr. 3 p. Fr. 6 § 2. Das ist allerdings zuzugeben, aber zugleich darauf hinzuweisen, daß gerade nach Fr. 3 jenes Edikt für die bonorum p. contra tabulas und für die intestati der liberi ursprünglich berechnet ist, wie es denn auch bei der contra tabulas b. p. seine Stelle im Edikt erhielt: Carbonianum edictum aptatum est ad contra tabulas bonorum possessionem et intestati, quum et in secundum tabulas in quibusdam casibus possit videri necessarium edictum. — 2) Auch das, die missio ventris nomine begründende Edikt fällt in dieselbe Zeit: Fr. 1 § 24 (Servius) § 28 (Labeo) de ventre in poss. mitt.: und offenbar hat dieses dieselben ursprünglichen Zusammenhänge, wie das vorige. — Dabei möge ge-

Digitized by Google

es nun im entfernteſten wahrſcheinlich, daß der emancipatus filius zwar die bonorum possessio contra tabulas gegenüber dem väterlichen Freigelaſſenen gehabt habe, nicht aber gegen den Vater ſelber [14]? Iſt es wahrſcheinlich, daß er gegen den Vater die querela inofficiosi testamenti früher erhalten habe als die contra tabulas bonorum possessio? Iſt es endlich überhaupt denkbar, daß ſeit der Zulaſſung der emancipatio lange Jahrhunderte vergingen, bevor die Legislation zu der Einſicht gelangte, daß auch dieſe Kinder ein natürliches Anrecht auf die Hinterlaſſenſchaft ihres Vaters haben, möge er nun ohne ein Teſtament geſtorben ſein oder mit einem ſolchen [15]?

Dieſes prätoriſche Notherbenrecht ſchließt ſich ſeiner Natur und ſeinem ganzen Weſen nach unmittelbar an das civile Notherbenrecht an. Daſſelbe in dem Geiſte eines freier entwickelten Familienbegriffs erweiternd, dem ſtrengen und engen Begriff der agnatiſchen sui den milderen und freieren der kognatiſchen liberi ſubſtituirend, ſtellt der Prätor das Prinzip auf, es habe der Vater in ſeinem Teſtament ein Urtheil über ſeine liberi auszuſprechen, entweder ſie ehrend durch Erbeseinſetzung oder ſie verurtheilend durch Exheredation.

Fragen wir zuvörderſt nach dem Begriff dieſer formell zu bedenkenden liberi, ſo iſt davon auszugehen, daß, gleichwie die civilen Notherben mit der erſten Klaſſe der civilen Inteſtaterben identiſch ſind, ebenſo der Prätor ſeine erſte Inteſtatklaſſe zugleich zu formell berechtigten Notherben erhob [16].

---

legentlich hervorgehoben werden, daß derſelbe Labeo ſchon die Anwendung der contra tabulas b. p. auf die in adoptionem dati instituti kennt, eine künſtliche Weiterführung, welche ſchwerlich in die Zeit der allererſten Anfänge der contra tabulas b. p. zu ſtellen ſein wird.

14) Denn die erſte beruht auf dem Gedanken, daß das Recht des Vaters naturgemäß auf ſeine emancipirten Kinder ebenfalls übergehe.

15) Gewiß wird nicht Papinian der erſte geweſen ſein, der die Wahrheit erkannte, welche in den Worten von Fr. 7 § 1 si tabulae liegt: Non sic parentibus liberorum, ut liberis parentum debetur hereditas; parentes ad bona liberorum ratio miserationis admittit, liberos naturae simul et parentum commune votum.

16) § 12 I. de hered., quae ab int. Fr. 1 § 5. 6 si tabulae. [Uebrigens

Darin sind zuerst die Notherben enthalten, wie das civile ius sie aufstellt; also die sui, die postumi und die postumorum loco [17].

Sodann umfaßt das Edikt, über das civile ius hinausgehend, die emancipati [18] liberi [19]. Dieser Schritt, so sehr er auch in dem Rechtsbewußtsein der Zeit, welche ihn that, begründet sein mochte,

ist die Fassung der letzten Stelle nicht ganz genau; denn Diejenigen, welche ab intestato in der Klasse unde liberi gerufen werden, sind nicht, wie hier gesagt wird, mit den zur contra tabulas bonorum possessio Berufenen völlig identisch, wohl aber sind sie es mit Denjenigen, die in dem väterlichen Testament nicht praeterirt werden dürfen.] Ob die Einführung dieser beiden bonorum possessiones, wie namentlich Fabricius entschieden behauptet, gleichzeitig erfolgte, läßt sich nach dem Stande unserer Quellen nicht entscheiden; sicher ist nur, daß das Notherbenrecht der liberi nicht älter sein könne als ihr Intestaterbrecht.

17) Ulp. XXVIII, 3. § 3. 4 I. de exhered. lib. § 12 I. de hered., quae ab intestato. Fr. 1 p. — § 5. Fr. 3 § 4. Fr. 9. Fr. 13 § 3. Fr. 14 p. contra. Fr. 16 de legat. praest. Fr. 1 § 6 si tabulae.

18) § 3 *I. de exhered. liberorum:* Emancipatos liberos iure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes. Sed praetor omnes tam feminini sexus quam masculini, si heredes non instituantur, exheredari iubet, virilis sexus nominatim, feminini vero et inter ceteros; quodsi neque heredes instituti fuerint neque ita ut diximus exheredati, promittit iis praetor contra tabulas testamenti bonorum possessionem. [Ganz entnommen aus dem lückenhaft erhaltenen Gai. II, 135.] § 9. 11. 12 I. de heredit., quae ab intestato. Fr. 1 § 6 de bonorum possessione contra tabulas.

19) Nach § 11 I. de hered., quae ab int. verlieren die emancipati civilrechtlich den gradus liberorum, während sie zufolge dem ius gentium liberi sind und bleiben [Minus ergo iuris habent adoptivi quam naturales. Namque naturales emancipati beneficio praetoris gradum liberorum retinent, licet iure civili perdunt, adoptivi vero emancipati et iure civili perdunt gradum liberorum et a praetore non adiuvantur. Naturalia enim iura civilis ratio perimere non potest nec quia desinunt sui heredes esse, desinere possunt filii filiaeve aut nepotes neptesve esse —]. Die emancipatio enthält zwar eine familiae mutatio im civilen Sinne, in welchem das Wort die in derselben patria potestas Vereinigten umfaßt, Fr. 195 § 2 de V. S., aber nicht in jenem natürlichen Sinne, wonach es die Blutsverwandten bezeichnet, wenn sie auch nicht Agnaten sind, Fr. 69 § 4 de legatis II. Fr. 195 § 4 de V. S. Der emancipatus gilt dem Prätor als dem Vater gegenüber nicht in aliena familia befindlich: Fr. 3 § 7. Fr. 21 § 1 de bonorum poss. contra tabulas.

Digitized by Google

enthielt immerhin eine ganz bedeutsame Abänderung des civile ius; denn das prätorische Erbrecht der emancipati ist eine Verletzung der civilen hereditas[20]. Es geschah, wie das Edikt bei dergleichen kühnen Neuerungen pflegte, in der juristischen Form der Fiktion. Das, was der Prätor thut, besteht in der Rescission der Emancipation; er verspricht die Sache so zu behandeln, wie wäre keine capitis deminutio erfolgt, also wie wenn die Betreffenden noch sui wären[21]. Darin liegt zugleich das Maß der ursprünglichen Begrenzung, wie sie sich namentlich in folgenden Momenten zeigt:

1) Weil der Prätor lediglich von den sui und von Denjenigen redet, welche sui sein würden ohne minima capitis deminutio, deshalb bezieht sich sein Edikt nur auf die cives, nicht auch auf die peregrini[22].

20) Das zeigt sich darin, *a*) daß die emancipirten Kinder die Macht erhalten, das civiliter zu Recht bestehende Testament praktisch zu beseitigen; *b*) daß sie, wenn civile Notherben vorhanden sind, diese in ihrem Recht beschränken; *c*) daß sie dieselben in einem Fall sogar ausschließen.

21) *Fr.* 6 § 1 *de bonorum possessionibus:* — Quamvis enim iure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desierunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor. *Fr.* 5 § 1 *si tabulae testamenti:* Sed et si filium et nepotem ex eo pater emancipaverit, filius solus veniet ad bonorum possessionem, quamvis capitis deminutio per edictum nulli obstet. Fr. 3 § 5 de bonorum possess. contra tabulas. *Fr.* 6 § 2 *eod.:* Nepote quoque solo emancipato et avo mortuo, deinde patre eius, nepos praeteritus accipiet patris bonorum possessionem, quia suus heres esset futurus patri, si de potestate avi non exiisset. Von der bonorum possessio unde liberi redent: Gai. III. 26. Coll. XVI, 7 (Ulp.). C. 9 p. Th. C. de bon. proscr. 9, 42. Bei Ulp. XXVI. 8 werden die liberi so bezeichnet: — suus heres quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocantur.

22) Suus heres ist immer nur der civis; das Wesen der minima capitis deminutio besteht darin, daß sie salva civitate contingit. — Daß die bonorum possessio contra tabulas nur gegen das Testament eines civis gerichtet sei, ergibt sich mittelbar daraus, daß sie ein Testament voraussetzt, aus welchem secundum tabulas b. p. möglich ist: diese aber setzt die Civität des Erblassers voraus, Ulp. XXIII, 6. Gai. II, 147. § 6 I. quibus modis testam.

Digitized by Google

2) Aus demſelben Grunde folgt, daß dieſes Recht nur dem Teſtament des Vaters gegenüber beſtehe, nicht aber dem der Mutter gegenüber; denn nur jener hat sui heredes[23].

3) Daraus ergibt ſich ferner, daß uneheliche Kinder kein formelles Notherbenrecht haben[24].

4) Weiter folgt daraus, daß nur die vom Sohn, nicht auch die von der Tochter herrührenden Enkel hierher gehören können.

5) Weil nach prätoriſcher Anſchauung nur Diejenigen formell zu berückſichtigen ſind, welche im prätoriſchen Sinn zu den liberi des Erblaſſers gehören: deshalb iſt, wer lediglich durch Adoption suus des Teſtators geworden, nicht mehr berechtiget nach erfolgter Emancipation; denn mit dieſem Akt aus dem Kreis der liberi ausſcheidend, wird er ſeinem bisherigen Adoptivvater gegenüber wieder, was er vor der Adoption geweſen, einfach ein extraneus[25].

6) Eben deshalb gehört der emancipatus, welcher ſich arrogiren ließ, der Regel nach nicht hierher[26]; denn wer überhaupt ſich in einer Adoptivfamilie befindet, ſei es durch arrogatio oder durch datio in adoptionem, der ſteht ſeinem natürlichen Vater gegenüber in aliena familia, iſt nicht mehr liberorum, ſondern extraneorum numero[27]. Ganz konſequenter Weiſe behält dagegen der Eman-

---

23) Fr. 4 § 2 contra. Fr. 13 de suis. Gai. III, 71. § 7 I. de exhered. liber.

24) Und zwar deshalb, weil ſie weder in väterlicher Gewalt ſtehen noch überhaupt rechtlich einen Vater haben.

25) Die durch Adoption erworbenen Rechte gehen verloren durch Emancipation: Fr. 3 § 2 contra. Fr. 1 § 6 unde liberi. Fr. 6 de coniungendis; ſolche emancipati ſind weder nach civilem noch nach prätoriſchem Rechte liberi des früheren Adoptivvaters: *Gai. II*, 136 — emancipati vero a patre adoptivo neque iure civili neque quod ad edictum praetoris pertinet, inter liberos numerantur. § 4 I. de exhered. lib.; vielmehr ſind ſie extranei: § 11. 12 I. de hered., quae ab intest.

26) Ulp. XXVIII, 3. § 10. 12 I. de hered., quae ab int. Fr. 3 § 6. Fr. 6 § 4 contra.

27) Fr. 3 § 8. Fr. 21 § 1 de bonorum poss. contra tabulas. Gai. II, 137. § 4 I. de exhered. lib.

Digitized by Google

cipirte auch nach erfolgter Arrogation dann seine alte Stellung zum Vater, wenn er durch jene nicht in eine, dem Vater fremde Familie gelangte[28]. Und es ist ebenfalls in der Ordnung, daß das in fremde Familie gelangte Kind in Bezug auf das Testament seines natürlichen Vaters dann wiederum formelle Ansprüche hat, wenn es in dem entscheidenden Moment der Delation aus jener fremden Familie wieder ausgeschieden ist[29].

So die Anfänge des nach prätorischer Art auf den dringendsten Fall sich beschränkenden Edikts. Allein die Interpretation geht auch hier im Geist jener Anfänge über die ursprünglichen Grenzen hinaus, und zwar namentlich in folgenden Punkten:

1) Das Edikt sprach von dem Ausscheiden durch Emancipation. Sollte auf dieser Form das Gewicht in der Art liegen, daß Ausscheidung in einer anderen das gleiche Recht nicht gewährte? Aber es handelt sich nicht um jene, sondern um das natürliche Band zwischen Vater und Kind. Jede andere Form daher, sofern sie nur für den Augenblick der Delation die Kindesqualität nicht getilget hatte, mußte von der Interpretation als gleiches Recht nach sich ziehend behandelt werden: und das sagt denn auch Ulpian geradezu[30]. Zwar hat man diesen Ausspruch für ein Emblem erklären wollen, behauptend, daß es zu Ulpian's Zeit gar keinen Fall dieser Art gegeben

28) Wenn der paterfamilias seinem emancipirten Sohn den von diesem herrührenden Enkel, oder wenn der emancipirte Sohn sein Kind seinem Vater in Adoption gibt, so bleiben nach prätorischer Anschauung alle in derselben Familie: Fr. 3 § 7. 8 de b. p. contra tabulas.

29) Es ist allgemeiner Grundsatz: adoptio tam diu nocet quam diu durat: Fr. 6 § 4 de b. p. contra tabulas. Fr. 4 si tabulae. Nicht der Tod des Adoptivvaters löst von der Adoptivfamilie, wohl aber die Emancipation: Fr. 9 de b. p. contra tabulas. Wer in dem Augenblick der Delation, also des Todes des natürlichen Vaters, aus der Adoptivfamilie ausgeschieden ist, dem wird die contra tabulas b. p. geradeso deferirt, wie hätte er sich niemals in fremder Familie befunden: Gai. II, 137. § 10. 12 I. de hered., quae ab int.

30) *Fr.* 1 § 6 *de b. p. contra tab.:* Et sui iuris factos liberos inducit in **bonorum possessionem praetor. Sive igitur emancipati sunt sive alias exierunt de patris potestate, admittuntur ad bonorum possessionem.**

Digitized by Google

habe [31]. Wenn aber auch immerhin die von der virgo vestalis und dem flamen dialis entlehnten Beispiele zweifelhafter Natur sein mögen [32], so scheint es mir dennoch an sicheren Fällen nicht zu fehlen. Dahin gehört es, wenn der Vater seine Tochter in die manus ihres Ehemannes, desgleichen wenn er sein Kind in Adoption hingab, diese Kinder aber vor seinem Tod aus der fremden Familie wieder ausgeschieden waren: denn sie sind aus der Gewalt ihres natürlichen Vaters herausgetreten, ohne von demselben emancipirt worden zu sein [33].

2) Das Edikt gedenkt nur derjenigen liberi, welche früher sui heredes des zu Beerbenden gewesen. Aber es lag offenbar nicht in seinem Sinn und Geist, die andern auszuschließen, welche, obgleich bei des Vaters Tod cives gleich diesem, seiner Gewalt niemals unterwürfig waren: daher läßt die Interpretation auch diese zu [34]. Die wichtigsten, ausdrücklich besprochenen Fälle dieser Art sind:

a) Die Kinder, welche mit ihrem Vater zugleich die Civität geschenkt erhalten, kommen dadurch regelmäßig nicht zugleich in die

---

31) Förster p. 181.

32) Daß diese ohne emancipatio und ohne capitis deminutio unmittelbar mit der captio und inauguratio aus der patria potestas ausschieden, ist allerdings sicher: Gell. I, 12 § 9. Gai. III, 114. Allein unsicher ist es, ob sie überhaupt zur bonorum possessio zugelassen wurden. Denn wenn die Worte Labeo's bei Gell. I, 12 § 18 auch weder für den flamen dialis noch auch rücksichtlich der virgo vestalis von der bonorum possessio reden (Francke p. 124): so läßt sich doch, wo uns unbekannte religiöse Gründe obwalten, aus diesem gelegentlichen Schweigen überhaupt kein Schluß ziehen, weder für das Eine noch für das Andere.

33) Es ist daher nicht nöthig, als erste Fälle dieser Art Bestimmungen Justinian's zu bezeichnen: § 4 I. quibus modis ius patriae pot. C. ult. de cons. C. 2 de infant. expos. C. 6 de spect. Nov. 12 c. 2. Nov. 81.

34) Das Prinzip spricht aus Pomponius in *Fr.* 5 § 1 *si tabulae:* Quin etiam ii quoque, qui in potestate nunquam fuerunt nec sui heredis locum obtinuerunt, vocantur ad bonorum possessionem parentum.

Digitized by Google

römiſche patria potestas deſſelben[35]: aber ſie erhalten die bonorum possessio gegenüber dem Vater[36].

b) Die von dem Großvater emancipirten Enkel gegen ihren, erſt durch des Großvaters Tod sui iuris gewordenen Vater[37].

c) Die in der Gewalt des Großvaters gebliebenen Enkel gegen ihren, aus dieſer Gewalt entlaſſenen Vater[38].

d) Die dem Emancipirten nach der Emancipation geborenen Kinder gegen den väterlichen Großvater[39].

e) Die von ihrem Vater emancipirten Kinder des emancipirten Sohns gegen ihren väterlichen Großvater[40].

---

35) Gai. I, 93. 94. Plin. X, 6.

36) Coll. XVI, 7 § 2.

37) Fr. 6 § 2 de bonorum poss. contra tabulas.

38) Der einfachſte Fall liegt vor, wenn der Vater unmittelbar emancipirt wurde; aber das Gleiche gilt natürlich auch dann, wenn jener in Adoptien gegeben, von ſeinem Adoptivvater emancipirt worden war: Fr. 7. Fr. 21 h. tit. Fr. 5 § 1. Fr. 6 si tabulae. — Die urſprüngliche Form, in der dieſe Ausdehnung zu erfolgen hat, iſt hier wie in den andern Fällen, das Dekret: Fr. 4 de coniung. Das Dekret hat gegenüber dem von der Ertheilung der bonorum possessio redenden Edikt etwa dieſelbe Bedeutung, welche den gewöhnlichen Klagen gegenüber die utilis actio hat.

39) Fr. 3 p. Fr. 6 p. h. tit. Cfr. Fr. 5 § 1 si tabulae. Auch die Kinder aus einer, von dem emancipirten Sohne nach der Emancipation wider den Willen ſeines Vaters geſchloſſenen Ehe; denn wenn auch die, wider den Willen des paterfamilias vom Hausſohn eingegangene rechtlich ungültig iſt (Paul. II, 19, 1. Fr. 2 de ritu nuptiarum. Fr. 11 de statu hominum), ſo iſt dagegen die nach der Entlaſſung aus der Gewalt in dieſer Art geſchloſſene gültig (Fr. 25 de ritu nupt.) und jene Fiktion, durch welche die in der emancipatio liegende capitis deminutio bei der contra tabulas b. p. reſcindirt wird, gilt nur zum Vortheil des Betreffenden, nicht auch zu ſeinem Nachtheil: *Fr.* 3 § 5: quum rescissio quo magis admittantur, non quo minus, adhibeatur.

40) Fr. 14 § 1 h. tit. Die Form, welche Afrikanus hier befürwortet, iſt das Dekret des Prätors. Dagegen erklärt ſich Förſter p. 197, das Dekret auf den andern, von dem Juriſten daneben beſprochenen Fall beſchränkend. Das iſt jedoch weder ſprachlich zu billigen [ot contra patris et contra avi tabulas ex decreto hunc admitti; die Worte ex decreto können allenfalls lediglich auf contra avi tabulas bezogen werden, aber auf dieſe gehen ſie jedenfalls] noch ſach-

Digitized by Google

f) Die dem in adoptionem datus nach der Adoption geborenen und emancipirten Kinder gegen ihren natürlichen väterlichen Großvater[41].

3) Das Edikt läßt das nicht in der Gewalt seines natürlichen Vaters befindliche Kind nur dann zur Erbschaft desselben, wenn es nicht in eine fremde Familie eingetreten ist: wie aber, wenn der Vater in eine fremde Familie sich begab ohne das Kind, also namentlich wenn er sich arrogiren ließ, nachdem er sein Kind emancipirt hatte? Die eine Meinung beharrte dabei, daß, da beide, Vater und Kind, in verschiedenen Familien sich befinden, das letztere zur bonorum possessio nicht zuzulassen sei; so Julian[42]. Dagegen argumentirten andere, und zwar die mit ihrer Ansicht durchdringenden Juristen folgendermaßen. Jener Grund ist nur da innerlich zutreffend, wo durch die Adoption das Kind in eine fremde Familie gelangte, denn hier ist dasselbe mit seinen Erbansprüchen eben an diese gewiesen: dagegen in dem Fall, wo der Vater, welcher sein Kind emancipirt hat, sich in Adoption begibt, führt das Festhalten an diesem Prinzip zu dem Resultat, daß das Kind aller Erbansprüche ledig gehen kann; es liegt daher im Geiste des von der aequitas beherrschten Rechts, jenes in diesem Fall gegen seinen natürlichen Vater als Erben zuzulassen: so Afrikanus, Marcellus, Ulpianus[43]. Endlich scheint Ulpian das Kind gegen seinen, in

lich; denn es begreift sich, daß die Jurisprudenz da bedenklich war, wo es galt, nicht blos eine capitis deminutio, sondern deren zwei zu beseitigen.

41) Dabei ist es gleichgültig, ob die emancipatio von dem natürlichen Vater selber vorgenommen wurde, nachdem derselbe selbstständig geworden (Fr. 14 § 1 h. t. Afric.), oder ob sie ein Rechtsakt Desjenigen ist, der den Vater adoptirte (Fr. 6 § 4 h. t. Paul., von beiden Fällen redend). Auch hier verlangt Afrikanus ein Dekret; offenbar weil die einfache, vom Edikt vorgeschriebene rescissio capitis deminutionis nicht zureicht, denn auf Grund dieser wäre das Kind seinem natürlichen Großvater gegenüber in aliena familia.

42) Fr. 17 h. tit.

43) Fr. 14 § 1. Fr. 17 h. tit. Dabei empfiehlt Afrikanus den formellen Weg des Dekrets, während Marcellus und Ulpianus, ähnlich wie in den Fällen der Note 41, desselben nicht gedenken. Aus dieser Nichterwähnung

Digitized by Google

eine fremde Familie gekommenen natürlichen Vater schlechthin zuzulassen, also auch da, wo, während Vater und Sohn in der Gewalt des Großvaters stehen, lediglich der Vater von dem Großvater in Adoption gegeben wird [44].

Auf diesem eben auseinander gesetzten Wege der allmäligen Entwickelung kam demnach die Wissenschaft zu folgendem einfachen Resultat:

> Welcher römische Bürger testirt, der ist verpflichtet, in seinem Testamente ein Urtheil auszusprechen über alle Diejenigen, welche, ebenfalls cives, rechtlich als seine Kinder gelten, desgleichen über die Andern, welche lediglich deshalb nicht als solche betrachtet werden, weil er selber in eine fremde Familie eintrat.

Das sind in dem entwickelten Recht die Personen, deren formelle Berücksichtigung im Testament nach prätorischem Recht überhaupt nothwendig sein kann. Welche von ihnen im einzelnen Fall wirklich zu berücksichtigen seien, darüber entscheidet — da hier von Ungültigkeit des Testaments keine Rede ist — zweifellos der Augenblick des Todes des Erblassers. Auch hier ist, wie bei der ersten Klasse der prätorischen Intestatfolge, das Muster des civile ius maßgebend.

---

folgt allerdings keineswegs mit Nothwendigkeit, daß diese Juristen das Dekret nicht verlangen (möglich, daß sie sich nur nicht veranlaßt sahen, diesen Punkt hervorzuheben), freilich aber auch ebenso wenig das Gegentheil. Die Frage, ob ein Dekret zu erbitten sei oder nicht, ist offenbar in vielen Fällen mehr eine der Vorsicht als der Nothwendigkeit: wenn der freiere Rechtssatz in das Bewußtsein der Wissenschaft eingedrungen ist, wird es für den verständigen Richter des Dekrets nicht mehr bedürfen. Stand es doch mit der Ertheilung von utilia interdicta und utiles actiones ganz ähnlich.

44) *Fr.* 3 § 9 *h. tit.*: Si pater alicuius pervenerit in adoptivam familiam, filius non, an patris sui in adoptiva familia mortui bonorum possessionem accipere possit? Et arbitror, humaniorem esse hanc sententiam, ut filius hic, quamvis non sit in eadem familia, in qua pater, ad bonorum possessionem tamen eius admittatur. Diese Worte umfassen offenbar auch den Fall des Textes und es fehlt an jedem inneren Grund für eine beschränkende Erklärung. Uebrigens hat die Frage seit Justinian's C. 10 de adoptionibus nur noch geringe Bedeutung.

Digitized by Google

Diejenigen liberi ſind die in dem Teſtament formell zu berückſichtigenden Notherben, welche in dem angegebenen Zeitpunkt sui heredes des Teſtators ſind oder ſein würden, ſtünden ſie in ſeiner Gewalt, alſo die prätoriſchen Inteſtaterben, welche die Klaſſe unde liberi beruft[45]. Demnach ſind für die einzelnen Deſcendentenſtämme lediglich die dem Grad nach nächſten Kinder zu berückſichtigen[46], einerlei ob ſie emancipirt ſind oder in der patria potestas des Erblaſſers ſich befinden. Hieraus ergab ſich, daß nach der urſprünglichen prätoriſchen Anſchauung in einem Fall ſogar nur der prätoriſche Notherbe zu bedenken war, nicht auch der suus heres; der emancipatus filius ſchloß nämlich ebenſowohl gegen das Teſtament als ab intestato den von ihm abſtammenden nepos suus heres aus[47]. Dem trat jedoch das Edikt noch in dem letzten Augenblick ſeiner ſelbſtſtändigen Entwickelung entgegen; denn Julian fügte demſelben den Satz hinzu, daß der emancipirte Vater nicht mehr mit Ausſchluß ſeiner,

45) *Fr.* 1 § 1 *h. tit.:* Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo iure eoque ordine, quo vocantur ad successionem ex iure civili. *Fr.* 8 § 14 *eod. tit.:* — Praetori enim propositum est,' quum contra tabulas bonorum possessionem dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset — — *Fr.* 11 § 1 *eod. tit.:* Exemplo iuris legitimi et bonorum possessio contra tabulas distribuitur. Igitur nepotes ex uno filio unam partem habebunt. Schol. Bas. 40, 3, 10. Cfr. Fr. 25 p. de legatis praestandis. Für die Identität der nach prätoriſchem Recht formell zu Berückſichtigenden mit der erſten prätoriſchen Inteſtatklaſſe vergl. Anm. 16.

46) Fr. 3 § 1. Fr. 13 § 1. 3 h. tit. Wenn ein in adoptiva familia Befindlicher emancipirte Kinder hat, ſo ſind dieſe ihrem Großvater gegenüber die nächſten liberi ihres Stammes: Fr. 14 § 1. Fr. 6 § 4 h. tit. Francke p. 127; Mühlenbruch p. 63. 64.

47) Die Meinung Förſter's p. 268, der Prätor habe demjenigen nepos suus heres, welcher von ſeinem civilen ius accrescendi Gebrauch machen wollte, daſſelbe zu keiner Zeit verſagen können, beruht auf einer unrichtigen Vorſtellung von Beidem, der Macht des Prätors und der Macht der Suität. Wenn der Prätor überhaupt irgend einen heres durch die bonorum possessio beſeitigen kann, ſo kann er das auch in Bezug auf den suus heres; denn dieſer hat kein anderes Recht als jeder andere heres, der die Erbſchaft angetreten. Man hat daher auch ziemlich allgemein die Förſter'ſche Auffaſſung verworfen.

Digitized by Google

in der Gewalt ihres Großvaters gebliebenen Kinder, sondern zugleich mit diesen zur Stammesquote gerufen werden und daß er dieselbe mit jenen hälftig theilen solle[48]. Der Grund für diese Neuerung wird nicht in einer antiquarischen Liebhaberei für die Agnaten[49], sondern in der Erwägung gelegen haben, daß es unangemessen sei, diese Enkel durch den Tod ihres Großvaters zu homines sui iuris werden zu lassen ohne das geringste eigene Vermögen[50].

Wenden wir uns nun zu der Form, worauf die gedachten Personen Anspruch haben, so ist davon auszugehen, daß auch nach prätorischer Auffassung derselben lediglich im Testament, nicht aber im Codizill genügt werden könne[51]. Nur in dem Punkte besteht begreiflicherweise ein Unterschied, daß nicht die Einhaltung der civilen Testamentserfordernisse verlangt wird, daß vielmehr dem Prätor jedweder letzte Wille genügt, den er nach den Aufstellungen seines Edikts als ein Testament gelten läßt[52]. Für die Art und Weise nun, in

48) Fr. 1 p. Fr. 3 de coniung. Fr. 5 p. si tabulae. Die Konjunktion tritt ein, mag der Vater präterirt oder instituirt sein: Fr. 1 § 2 de coniung. Fr. 12 § 2 de bonorum poss. contra tab. Alle sui stehen hier, sofern sie nur rechtlich als Descendenten des filius emancipatus gelten: Fr. 1 § 6. 7 de coniung. Fr. 1 § 7 contra.

49) Das meint Hingst p. 164.

50) Wenn ein Hausſohn emancipirt wurde, so pflegte der Emancipirende für die ökonomische Lage jenes Sorge zu tragen. Eine ähnliche, unmittelbar durch den Staat zu übende Sorge lag in vorliegendem Fall im öffentlichen Interesse. Vergl. Fr. 14 § 1. Fr. 17 contra.

51) Abschn. I. Anm. 133. Auch nach prätorischen Grundsätzen kann keine Institution in einem Codizill stehen; die Erberedation aber folgt diesem Muster.

52) Daraus folgt, daß die blos prätorischen Notherben durch Enterbung in einem lediglich prätorischen Testament von Anfang an gültig entfernt werden konnten; jene erhielten, die Beobachtung der Erheredationsform vorausgesetzt, weder die bonorum possessio contra tabulas, noch die intestati (vergl. Fabricius p. 124). Anders stand jedoch die Sache gegenüber dem civilen Nötherben. Da nämlich die bonorum possessio secundum tabulas anfänglich sine re war, also gegen die hereditatis petitio des heres keinen Schutz gewährte, so folgt, daß auch dem darin enterbten suus heres jene hereditatis petitio ab intestato wirksam zustand. Das aber hat Kaiser Antoninus geändert; denn er gibt dem, in einem solchen Testament eingesetzten prätorischen Erben die exceptio doli gegen die he-

welcher das väterliche Urtheil im Teſtament auszuſprechen iſt, ſchloß ſich der Prätor im Allgemeinen unmittelbar an das an, was er von dem civile ius entwickelt vorfand und namentlich ging er keineswegs darauf aus, jene formellen Anſprüche zu ermäßigen. Demgemäß ſind hier nur diejenigen Punkte zu erörtern, in welchen das Edikt Abweichungen aufzuweiſen hat.

Was zuvörderſt die Einſetzung des Notherben betrifft, ſo iſt klar, daß auch für das prätoriſche Recht der Geſichtspunkt des honor habitus maßgebend ſei [53]. Von den civilen Anforderungen entfernt ſich der Prätor hier nur in einem Punkte [54], nämlich rückſichtlich der

reditatis petitio eines jeden Inteſtaterben, alſo auch gegen die des erheredirten suus heres: Gai. II, 119, 120. Daß von dieſer Unterſcheidung im juſtinianiſchen Geſetzbuche nichts ſich findet, iſt ganz in der Ordnung.

53) Das iſt insbeſondere aus dem Umſtande erſichtlich, daß die Einſetzung eines, dem Notherben gehörigen Sklaven auch dem Prätor nicht genügt: Fr. 3 § 15 de b. p. contra tabulas; auch der Prätor huldiget dem in Fr. 3 § 2 de legatis praestandis bei Gelegenheit dieſes Edikts ausgeſprochenen Grundſatz: non enim quaerimus, cui acquiratur, sed cui honor habitus sit.

54) Was die Frage anlangt, ob nach prätoriſcher Auffaſſung die Zuwendung eines Univerſalfideikommiſſes genüge (oder, wie nach civile ius, heredis institutio nothwendig ſei), ſo ſpricht das in der vorhergehenden Anmerkung Erörterte im Allgemeinen dagegen und Julian thut es noch im Beſondern, wenn er in Fr. 27 § 12 ad SC. Trebellianum ſagt: Qui rogatus est emancipato filio restituere hereditatem, cogi debet adire et restituere, quamvis filius contra tabulas bonorum possessionem accipere possit. Da, wo der Vater das Kind zu deſſen eigenem Beſten (bona mente) von der hereditas fern halten und mit einem Univerſalfideikommiß bedenken will, finden wir als regelmäßig eingehaltene Form die Erheredation mit Hinzufügung des Fideikommiſſes: Fr. 12 § 2 de bonis libertorum. Fr. 16 § 2 de curatoribus furioso. Einmal verweigert dagegen Pomponius dem Präterirten die contra tabulas b. p., weil die Präteritio bona mente erfolgt und jenem die fideicommissaria hereditas zugewendet war; *Fr.* 16 *de b. p. contra tabulas:* Si emancipatus filius nepoti in potestate avi relicto ab extraneo herede fideicommissam hereditatem, si liberatus avi potestate fuisset, reliquisset, si suspectus avus sit quasi consumturus bona nepotis, non esse dandam bonorum possessionem. Es fragt ſich, iſt darin die allgemeine Regel zu erkennen, daß auch die bloſe Präteritio dann genüge, wenn ſie bona mente erfolgt ſei [ſo die gemeine Meinung: Mühlenbruch 37 p. 422 ff. und die p. 75 Citirten, Arndts im Rechtslexikon III p. 901] oder lediglich eine Aus-

Digitized by Google

der Inſtitution beigegebenen Suſpenſivbedingung. Während, wie wir oben geſehen, in dieſer Beziehung das civile ius keineswegs alle ſeine Notherben gleichmäßig behandelte, nach demſelben vielmehr die Hinzufügung einer ſolchen Bedingung bei den einen vollkommen zuläſſig, bei den andern vollkommen unzuläſſig war: finden wir dagegen, daß der Prätor ſeinen Notherben insgeſammt eine und dieſelbe Behandlung angedeihen läßt. Der einfache prätoriſche Grundſatz iſt: die Einſetzung unter einer Suſpenſivbedingung iſt an und für ſich ſelber in keinem Falle Präterition[55]; der entſcheidende

nahme für einen beſondern Fall? Francke p. 430 ſchlägt den letzten Weg ein; er meint, der Grund der Entſcheidung liege darin, daß dem verſchwendenden Großvater nicht erworben werden ſolle, und es werde daher dem für ſich ſelber erwerbenden Notherben die bonorum possessio nicht verſagt werden [vergl. dagegen Mühlenbruch a. a. O.]. Auch ich glaube, daß es ſich nur um eine Ausnahme handeln könne; denn es wäre in der That unerhört, wenn Jemand eines ihm zuſtändigen, formellen Rechts verluſtig gehen ſollte, lediglich der guten Abſicht Desjenigen wegen, der es verletzt und noch dazu in einem Falle, wo dem Teſtator ein formengerechtes Mittel zur Realiſirung ſeines Willens zur Hand iſt. Nach meiner Anſicht ſteht die Sache folgendermaßen. Der in der Gewalt ſeines Großvaters Stehende hat gegen ſeinen emancipirten Vater edikmäßig gar kein formelles Notherbenrecht, die Jurisprudenz aber empfiehlt aus Gründen der aequitas eine Ausdehnung auf ihn im einzelnen Falle durch Dekret. Nun wird ſeinerſeits Pomponius davon ausgegangen ſein, daß es unter den vorliegenden Umſtänden gerade die aequitas ſei, welche eine ſolche Ausdehnung unterſage.

55) Fr. 3 § 11—14. Fr. 18 p. de b. p. contra tabulas. Fr. 2 § 1 de bonorum possessione secundum tabulas. — Die Einſetzung unter einer unmöglichen Bedingung gilt nach civile ius für Präterition: hat dieſen Satz der Prätor ebenfalls anerkannt oder betrachtet er, gemäß der allgemeinen Regel des Erbrechts, eine ſolche Bedingung auch in dem vorliegenden Falle als nicht vorhanden? Die herrſchende Meinung erklärt ſich für das Letztere (Förſter p. 287, Wangerow p. 271): und ich halte das für innerlich und äußerlich begründet; denn Fr. 2 § 1 cit. ſpricht dem Eingeſetzten die secundum tabulas b. p. zu „qualisqualis conditio sit“ und Fr. 18 cit. ſpricht ihm ebenſo allgemein die contra tabulas b. p. ab. — Was die civilen Notherben betrifft, ſo werden dieſelben von dieſer secundum tabulas b. p. freilich nur dann Gebrauch machen, wenn ihnen das civile ius größere Vortheile nicht gewährt. So iſt es bei dem **filius suus und dem postumus, *a)* wenn er unter einer Poteſtativbedingung, *b)* wenn er unter einer kaſuellen Bedingung mit Enterbung für den umgekehrten Fall,**

Digitized by Google

Moment aber iſt der der Delation. Wenn in dieſem die kaſuelle Suſpenſivbedingung deficirt iſt, ſo fehlt die Inſtitution und es iſt demnach der Betreffende, ſofern er nicht für den umgekehrten Fall erheredirt wurde, präterirt[56]. Dafern dagegen die Bedingung zu dem angegebenen Zeitpunkte ſchwebt, ſo kann der inſtituirte Notherbe lediglich die secundum tabulas bonorum possessio beanſpruchen, gleich einem jeden anderen, bedingt eingeſetzten Erben[57]. Wenn endlich nach Gewährung dieſer secundum tabulas b. p. in Folge der nachträglichen Deficienz der Bedingung der Eingeſetzte als präterirt erſcheint[58], ſo behandelt nunmehr der Prätor den auf Grund

---

c) wenn er unter einer kaſuellen Bedingung ohne Enterbung für den umgekehrten Fall aber auf mehr eingeſetzt iſt, als den Betrag ſeines Inteſtaterbtheils. Dagegen die filia sua und die nepotes sui haben, weil ihre bedingte Einſetzung dem civile ius in jedem Fall genügt, gar keinen Grund, dieſer secundum tabulas b. p. zu entſagen.

56) Fr. 3 § 12 de b. p. contra tabulas. Enterbung für den umgekehrten Fall beſeitiget auch nach prätoriſcher Auffaſſung die Präterition: Fr. 20 § 4 de bonis libertorum.

57) Fr. 3 § 11. 13. 14 (von der kaſuellen Bedingung redend). Fr. 18 p. de b. p. contra tabulas (Fr. 18 ſagt nur, der sub conditione Eingeſetzte habe nicht die contra tabulas b. p.). Fr. 2 § 1. Fr. 5 p. de b. p. secundum tabulas. Auch wenn das Kind unter einer Potestativbedingung eingeſetzt iſt, hat es dieſe secundum tabulas bonorum possessio: Fr. 2 § 1 „qualisqualis conditio sit.“ Zwar behaupten Einzelne (Puchta, Pandekten § 475), es ſei hier dieſe vorläufige bonorum possessio zu verſagen und überhaupt erſt nach Erfüllung der Bedingung der Einweiſung in den Beſitz Statt zu geben: aber die Stelle, worauf man ſich beruft, Fr. 23 § 1 de hered. instit., ſagt das nicht entfernt und ſo hat der Urheber dieſer Anſicht dieſelbe mit Recht ſelbſt wieder zurückgenommen: Arndts im Rechtslexikon III p. 931.

58) Auch nach prätoriſcher Auffaſſung iſt hier zu unterſcheiden: *a*) iſt der Notherbe unter einer kaſuellen Bedingung eingeſetzt, ſo gilt er, ſobald dieſelbe deficirt, für präterirt, es ſei denn für den Fall dieſer Deficienz eine Erheredation hinzugefügt; *b*) iſt dagegen die der Einſetzung beigegebene Bedingung rein potestativer Natur, ſo gilt, wenn ſie deficirt, der Notherbe ſtets, alſo auch ohne Enterbung für den umgekehrten Fall, nicht als präterirt, ſondern als einer, der nicht Erbe ſein wollte: Fr. 20 § 4 de bonis libertorum.

Digitized by Google

jener secundum tabulas b. p. vorläufig Beſitzenden gerade ſo, wie hätte er die contra tabulas bonorum possessio agnoſcirt[59].

Auch für die exheredatio folgte der Prätor im Allgemeinen

---

59) Fr. 3 § 12. 13. 14 de b. p. contra tabulas. Fr. 2 § 1 de b. p. secundum tabulas. [Daſſelbe ſagt auch Fr. 5 p. eod., bietet aber im Uebrigen eine Schwierigkeit: Si sub conditione heres quis institutus sit et accepta bonorum possessione secundum tabulas conditio defecerit, interdum evenit, ut res possessori concedenda sit, utputa si filius emancipatus sit sub conditione heres institutus; nam si defecerit conditio, attamen secundum tabulas bonorum possessionem eum accipere Iulianus scribit. Sed et si is fuerit, qui ab intestato bonorum possessor futurus esset, tuendum esse scripsit; et hoc iure utimur. Hiernach ſoll der sub conditione institutus die secundum tabulas b. p. ſelbſt dann erhalten, wenn zur Zeit ſeiner Bitte die Bedingung ſchon deficirt war: aber das iſt in klarem Widerſpruch mit Fr. 3 § 12 contra und an ſich unglaublich. Am leichteſten wird Uhrig p. 19 mit der Sache fertig, er ſieht keine Schwierigkeit, weil er accipere durch „behalten" überträgt; Francke p. 131 nimmt an, es ſei eine ganze Zeile ausgefallen und will etwa leſen: nam si defecerit conditio, *quasi contra tabulas bonorum possessione petita tuendus erit a praetore;* attamen secundum tabulas etc.; Andere wollen leſen attamen *contra* tabulas bonorum possessionem eum accipere. Die Verderbtheit des Textes iſt ebenſo klar wie der vorzutragende Rechtsſatz. Entweder will Ulpian ſagen, der secundum tabulas bonorum possessor behalte den Beſitz, weil ſich nachträglich herausgeſtellt, daß ihm die contra tabulas b. possessio gebühre: dann iſt ſtatt secundum *contra* zu leſen. Oder es wird für den allgemeinen Satz, daß zuweilen dem bonorum possessor secundum tabulas auch nach der Deficienz der Bedingung die Erbſchaft verbleibe, ein beſonderes, auf die Auktorität von Julian gegründetes Beiſpiel hinzugefügt: dann wäre ſtatt accipere etwa retinere zu leſen. Der Schluß der Stelle bezieht ſich nicht mehr auf das Notherbenrecht, ſondern, wie ſich aus § 1 klar ergibt und man ziemlich allgemein annimmt (*Cuiacius* ad Fr. 2 § 1 secundum, Hingſt p. 214), auf das gewöhnliche Inteſtaterbrecht; vielleicht iſt ſtatt Sed et si is fuerit zu leſen Sed quisquis is fuerit.] Danach wird auch die Frage zu entſcheiden ſein, wann der unter einer Bedingung eingeſetzte, die vorläufige secundum tabulas b. possessio erhaltende Notherbe die prätoriſche Kaution zu leiſten habe. Dann nämlich iſt er ſchlechthin dazu verpflichtet, wenn er deficiente conditione als nicht präterirt anzuſehen iſt, alſo die Erbſchaft auch nicht behält; wenn er dagegen bei Deficienz der Bedingung als präterirt zu betrachten iſt, ſo iſt er nur in dem einen Fall kautionspflichtig, daß er durch die contra tabulas bonorum possessio weniger zu erhalten hat als ſeine Inſtitutionsportion beträgt.

Digitized by Google

dem Muſter des civile ius[60]. Die einzige Veränderung, von welcher wir mit Sicherheit wiſſen, daß ſie vom Prätor ausging, iſt eine Verſchärfung dieſer Form. Während nämlich das Civilrecht das Requiſit des nominatim exheredare in Bezug auf die bei Errichtung des Teſtaments vorhandenen Kinder lediglich für den Sohn aufgeſtellt hatte, verlangte der Prätor, wie ſchon früher auszuführen war[61], die Beobachtung dieſer Form gegenüber allen männlichen Notherben überhaupt, alſo nicht blos für den Sohn, ſei er suus oder emancipatus, ſondern auch für den Enkel.

So viel von der Form. Wenn eine Nichtbeobachtung dieſer, alſo die Präterition einer, zu den prätoriſchen Notherben gehörigen Perſon vorliegt, welche ſind die Folgen? Die Antwort lautet: der Prätor gibt die bonorum possessio contra tabulas testamenti. Die Natur dieſer iſt nunmehr zu entwickeln.

Wie der Name beſagt, iſt die bonorum possessio gegen das

---

60) Der Prätor hält ſich an das Herkommen: *Fr.* 8 § 2 *h. tit.*: Non quaevis exheredatio summovet filium a contra tabulas bonorum possessione, sed quae rite facta est. Beſondere Zeugniſſe der Uebereinſtimmung im Einzelnen haben wir namentlich für das Requiſit der exheredatio ab omnibus heredibus: Fr. 8 § 3; für das der exheredatio ab omnibus gradibus: Fr. 8 § 1. 5; für die Nothwendigkeit des pure exheredare: Fr. 18 p. Vergl. im Allgemeinen Förſter § 59; Bluntſchli § 10; Mühlenbruch Bd. 37 p. 73. Nur bei Francke finde ich die Hinneigung zu der Annahme, der Prätor habe in Bezug auf die Form milderen Grundſätzen als das Civilrecht gehuldiget. Insbeſondere glaubt er (p. 131), das prätoriſche Recht habe von dem Erforderniß der unbedingten exheredatio dann abgeſehen, wenn zur Zeit des Todes des Erblaſſers die Bedingung erfüllt war; desgleichen nimmt er an (p. 132), daß die Vorſchrift, wonach die exheredatio post aditam hereditatem ungültig, nach prätoriſcher Anſchauung nicht beſtehe, weil durch bloſe Präterition das Teſtament prätoriſch nicht ungültig werde. Aber Fr. 18 p. ſpricht, ohne eine Unterſcheidung zu machen und die Argumentationen, auf welchen jene beiden Erforderniſſe beruhen, haben bei der in Fr. 8 § 2 ausgeſprochenen Richtung des prätoriſchen Rechts und in Hinblick darauf, daß der Satz Skävola's exheredationes non esse adiuvandas zuverläſſig auch für das ius praetorium ſeine Geltung hat, auch hier den gleichen Anſpruch auf Berückſichtigung. Mühlenbruch 37 p. 84. 88.

61) Vergl. Abſchn. I. Anm. 174.

Digitized by Google

Teſtament gerichtet, d. h. gegen denjenigen letzten Willen, welchen der Prätor als Teſtament anſieht, möge er den civilen Erforderniſſen des Teſtaments oder auch nur denjenigen entſprechen, welche das Edikt für die bonorum possessio secundum tabulas aufſtellt[62].

Daraus, daß die contra tabulas b. p. da und nur da gegeben wird, wo secundum tabulas b. p. möglich iſt, folgt, abgeſehen von der nothwendigen äußeren Form des letzten Willens:

daß der Teſtator Teſtamentifactio nach den gewöhnlichen Regeln gehabt haben müſſe[63];

daß mindeſtens einer der eingeſetzten Erben Teſtamentifactio haben[64] und in dem Zeitpunkte des Todes des Erblaſſers am Leben ſein müſſe[65];

daß die contra tabulas b. p. auch dann beſtehe, wenn das Teſtament nach civile ius nichtig iſt wegen Präterition eines, in der patria potestas befindlichen Sohnes[66];

und daß ſich endlich von der contra tabulas b. p. ganz füglich ſagen laſſe, ſie ſei eine bonorum possessio ex testamento[67].

---

62) Die contra tabulas b. p. iſt nur da zuläſſig, wo, abgeſehen von ihr, die secundum tabulas b. p. würde agnoſcirt werden können: si tabulae testamenti extant; andernfalls tritt ſofort die bonorum possessio ab intestato ein: Fr. 12 § 1. Fr. 19 de b. p. contra tabulas. Fr. 7 § 6 de carboniano edicto. Fr. 1 § 1 quis ordo. Fr. 2 si tabulae.

63) Fr. 1 § 9. Fr. 2 h. tit.

64) Fr. 19 h. tit.

65) Fr. 8 § 5. Fr. 19 h. tit. Da dem bedingt Eingeſetzten die secundum tabulas b. p. gegeben wird vor Eintritt der Bedingung, da ferner für den postumus die missio ventris nomine ſtatt hat vor ſeiner Geburt: ſo iſt in beiden Fällen den präterirten Notherben die b. p. contra tabulas ſofort deferirt, Fr. 8 § 5 cit.

66) Fr. 16 de leg. praest.

67) § 3 *I. de bonorum possessionibus:* Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hae: prima, quae praeteritis liberis datur vocaturque Contra tabulas; secunda, quam omnibus iure scriptis heredibus praetor pollicetur ideoque vocatur Secundum tabulas. Dieſen Punkt betont beſonders Bluntſchli p. 83; aber es iſt natürlich damit nicht geſagt, und auch von Bluntſchli nicht gemeint, die contra ſei eine secundum tabulas, denn jene ſteht dieſer entgegen und ſchließt ſie regelmäßig aus. Umgekehrt kann man mit

Digitized by Google

Der Prätor verſpricht b. p. contra tabulas testamenti, d. h. allerdings: gegen das ſchriftliche Teſtament[68]. Aber daß die Meinung deſſelben zu irgend einer Zeit dahin gegangen wäre, es können die prätoriſchen Notherben in einem mündlichen Teſtament gültig übergangen werden, iſt ganz unglaublich. Der Prätor gedachte im Edikt lediglich des häufigſten Falls; in Uebereinſtimmung mit der Interpretation wird er früh genug auch gegen das mündliche Teſtament die bonorum possessio ertheilt haben[69].

Iſt ein ſolches, eine Präterition enthaltendes Teſtament vorhanden, ſo erfolgt die Delation der contra tabulas bonorum possessio nothwendig, ſobald überhaupt eine Delation erfolgen kann, alſo unmittelbar mit dem Tode des Erblaſſers[70]. Demgemäß

Kaiſer Leo (C. 17 de coll.) von der contra tabulas b. p. ſagen, ſie erfolge iure intestatae successionis (denn ihre Baſis iſt nicht der Wille des Erblaſſers, ſondern das gegen dieſen Willen gerichtete Geſetz); damit iſt jedoch ebenſowenig ausgeſprochen, die contra ſei gleich der bonorum possessio intestati, wie die Verſchiedenheit der Delaten, das edictum de legatis praestandis und endlich der Umſtand beweiſt, daß die b. p. intestati durch die contra tabulas b. p. in der Regel ausgeſchloſſen wird. Uebrigens hat man über dieſe einfachen Fragen viel mehr geſtritten, als der Mühe verlohnt: vergl. Uhrig p. 21 ff. und die daſelbſt Angeführten.

68) Fr. 8 § 4 de b. p. secundum tabulas. Hingſt p. 131.

69) Ein Zeugnis für die Zuläſſigkeit der contra tabulas b. p. bei mündlichem Teſtament bringt Gordian in C. 1 de bonorum poss. contra tabulas, wenn auch zunächſt nur von der bonorum possessio gegen das Teſtament des Freigelaſſenen redend. Der Kaiſer ſpricht ſo, daß er dieſe Zuläſſigkeit als einen anerkannten Rechtsſatz vorausſetzt; mit Unrecht will Hingſt p. 130 darin gegen Leiſt eine Neuerung der nachklaſſiſchen Zeit ſehen.

70) Denjenigen wird die contra tabulas b. p. deferirt, die in dem Augenblick des Todes des Erblaſſers zu den liberi deſſelben gehören; weder Denen, die lediglich zu einem früheren Zeitpunkt, noch den Andern, die erſt von einem ſpätern Zeitpunkt an zu denſelben zu rechnen ſind: § 12 I. de hereditatibus, quae ab intestato; Fr. 6 § 4 de b. p. contra tabulas. Auch Demjenigen, der lediglich commisso per alium edicto zur contra tabulas b. p. berechtigt iſt, wird dieſelbe ſofort mit dem Tode des Erblaſſers deferirt, nicht etwa erſt nachdem der Andere ſie nachgeſucht hat; denn es gibt nur einen Moment der Delation: Fr. 10 § 6 h. tit. Davon macht das mehrere Grade enthaltende Teſtament eine natürliche Aus-

Digitized by Google

hängt ihr Eintritt nicht davon ab, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft vorher angetreten habe und es fällt auch, ihrer allgemeinen Natur gemäß, die einmal erfolgte Delation nicht etwa dann nachträglich wieder hinweg, wenn es sich noch vor der agnitio bonorum possessionis herausstellt, daß aus diesem Testament Niemand antreten werde[71].

Wer aber sind im einzelnen Fall, wenn das Testament die Präterition enthält, die Delaten?

Aus dem bisher Entwickelten ist es von selber klar, daß die im

---

nahme; da nämlich jeder einzelne Grad den Charakter eines selbstständigen Testaments hat, aus welchem successiv deferirt wird: so kann es sich treffen, daß der erste, eine gültige Erberedation enthaltende Grad erst nach dem Tode des Erblassers hinwegfällt und erst nunmehr aus dem zweiten, eine Präterition aufweisenden Grad die contra tabulas bonorum possessio deferirt wird.

71) Die bonorum possessio contra tabulas wird gegeben: *a*) bevor der eingesetzte Erbe antrat, Fr. 4. Fr. 19 h. tit. Fr. 4 de legatis praest. *b*) auch nachdem es gewiß wurde, daß der eingesetzte Erbe nicht antreten werde (contra tabulas bonorum possessionem semel natam competere), z. B. weil er nach dem Testator vor dem Erbschaftsantritt stirbt Fr. 8 § 5 h. tit.; Fr. 10 de leg. praest.; weil die Bedingung der Einsetzung defficirt Fr. 8 § 5 cit.; weil er repudiirt hat Fr. 20 p. h. tit.; allgemein spricht den Satz aus Fr. 19. [In dieser Stelle ist es bei weitem das Natürlichste, die Worte vel sequi potuit (besser potuerit) als zu dem von quamvis abhängigen Zwischensatz gehörig zu betrachten, mit dem Sinn, „obgleich später kein Erbschaftsantritt aus dem Testament erfolgte oder erfolgen konnte," sodaß das erste Glied auf die Repudiation, das andere auf die später eintretenden Fälle der Unmöglichkeit zu beziehen ist; anders Hingst p. 197.] — Weil die contra tabulas bonorum possessio gegeben wird, sobald ein letzter Wille vorhanden, aus dem secundum tabulas b. p. möglich, deshalb pflegten die römischen Juristen zu sagen, jene gehe nicht gegen den eingesetzten Erben, sondern contra ipsum testamentum, contra lignum: Fr. 4 p. Fr. 19 h. tit. [Weil dagegen die dem Patron zuständige contra tabulas bonorum possessio nicht ein formelles Recht, sondern ein Pflichttheilsrecht vertritt, deshalb wird dieselbe nicht im Augenblick des Todes des Erblassers contra ipsum testamentum, sondern erst in dem Zeitpunkte deferirt, wo der eingesetzte Erbe die Erbschaft antritt: Fr. 4 p. cit. Fr. 3 § 5. 12. Fr. 35. Fr. 36. Fr. 42 § 1. Fr. 43 de bonis libert.]; nichts desto weniger sagt man doch auch hier in ungenauer Rede bonorum possessionem petere contra aliquem: Fr. 23 de inoff. test. Fr. 12 § 1 de b. p. contra tabulas.

Digitized by Google

Zeitpunkt der Delation vorhandenen praeteriti liberi zur bonorum possessio contra tabulas berufen ſein müſſen[72]; ſie ſind das aus eigener Perſon und aus eigenem Recht: ipsi committunt edictum[73].

Nicht minder einleuchtend iſt die Stellung der exheredati liberi; dieſe nämlich haben die contra tabulas bonorum possessio niemals[74], und es rücken bei der Erheredation des Sohns auch nicht etwa die von Anfang an unberechtigten Kinder deſſelben im Rechte auf die contra tabulas b. p. nach; denn ſie wären auch ab intestato weder als sui noch als liberi gerufen[75].

Welches iſt endlich das Schickſal der instituti liberi dann, wenn daneben andere liberi präterirt ſind? Nichts hätte den Prätor, wenn er es anders für paſſend gehalten hätte, daran verhindern können, neben der bonorum possessio contra tabulas der Präterirten den instituti liberi die secundum tabulas b. p. zu ertheilen: aber ein angemeſſenes Reſultat hätte das ſicher nicht gebracht. Denn

---

72) Gai. II, 135. Ulp. XXII, 23. XXVIII, 2. § 3 I. de exhered. lib. § 12 I. de hered., quae ab int. Fr. 1 p. de b. p. contra tabulas.

73) So z. B. Fr. 8 § 11. Fr. 10 § 5 h. tit. Der Ausdruck committitur edictum bedeutet: eine beſtimmte Stelle des Edikts tritt in Wirkſamkeit.

74) Gai. II, 135. Fr. 8 p. h. tit. Sie haben dieſelbe ſelbſt dann nicht, wenn nach civile ius das Teſtament nichtig iſt der Präteritio eines filius suus heres wegen (denn dem Prätor iſt das doch ein Teſtament), Fr. 32 de liberis et post.; ferner nicht, wenn die exheredatio wirkungslos wird, weil der eingeſetzte Erbe nicht antrat: Fr. 20 p. h. tit.

75) *a*) Der Sohn des suus filius exheredatus rückt nicht nach, quia non esset nepos suus heres futurus: Fr. 4 § 1 h. tit. *b*) Die nach der Emancipation erzeugten Kinder des emancipatus filius exheredatus rücken nicht nach, exheredatus enim obstat filiis suis post emancipationem susceptis: Fr. 3 de coniung. *c*) Davon macht die nova clausula Iuliani keine Ausnahme; da nämlich hier die Kinder neben ihrem Vater berufen ſind, ſo kann der Erheredation des Vaters nicht die Bedeutung zukommen, die Kinder auszuſchließen; vielmehr ſind hier Vater und Kind gemeinſchaftlich auf einen und denſelben Theil berufen, ſo daß, wenn eines von beiden wegfällt, der andere dieſen Theil ganz erhält: nur dieſen Sinn haben die Worte in *Fr.* 1 § 4 *de coniungendis:* nam exheredatus pater eorum pro mortuo habetur. Fr. 3 eod. tit.

Digitized by Google

wenn ein ſolches Kind auf mehr als ſeinen Inteſtattheil eingeſetzt war, ſo mußte dieſe Inſtitutionsportion durch die bonorum possessio contra tabulas doch verkümmert werden; war ihm hingegen weniger als die Inteſtatportion zugewendet, ſo würde danach der inſtituirte Sohn ſchlechter geſtellt geweſen ſein als ſein präterirter Bruder: während doch das natürliche Rechtsgefühl zu dem Satz führen mußte, daß den durch Einſetzung geehrten Kindern jedenfalls eine gleich günſtige Stellung einzuräumen ſei wie den andern, welche der Vater überging[76]. Derartige Erwägungen mögen den Prätor geleitet haben[77], als er im Edikt ausſprach, daß, ſobald das Teſtament die Präteritio eines Notherben darbietet, auch die instituti liberi[78] zur

76) Einer ähnlichen Argumentation begegnen wir für einen ähnlichen Fall ſpäter bei Juſtinian in C. 4 p. de liberis praeteritis.

77) Die Quellen ſprechen ſich über den legislativen Grund nicht aus; daher iſt eine Verſchiedenheit der Anſichten nur natürlich. Francke z. B. meint, dieſe b. p. contra tabulas commisso per alium edicto ſei nöthig geweſen, einerſeits (p. 137) weil nach der contra tabulas b. p. des Präterirten die unde liberi nicht möglich ſei (dagegen Uhrig p. 26), andererſeits (p. 140) weil durch das Zögern des Präterirten die Nachſuchung der secundum tabulas ausgeſchloſſen werde (dagegen Hingſt p. 212). Hingſt hinwiederum führt aus, die Ertheilung der contra tabulas b. p. an die instituti ſei eine Konſequenz davon, daß die contra tabulas b. p. des Präterirten alle Inſtitutionen reſcindire, alſo auch die der liberi. Aber abgeſehen davon, daß das doch nur ein formaler Grund wäre, welchen der Prätor ebenſogut hätte beſeitigen können, wie ihn das ſpätere Recht entſchieden beſeitiget hat, ſteht dieſer Erklärung der Umſtand entgegen, daß dieſe b. p. contra tabulas commisso per alium edicto zuläſſig iſt, bevor der Präterirte die contra tabulas b. p. ſich erbat, alſo vor der fraglichen Reſciſſion.

78) Sie haben dieſe contra tabulas b. p. nur dann, *a*) wenn ſie in eigener Perſon zu Erben eingeſetzt ſind, nicht auch auf Grund der Einſetzung eines Andern, durch den ſie erwerben: Fr. 8 § 11 h. tit. [Die Stelle ſpricht von dem Fall, wo ein in adoptionem datus filius eingeſetzt war, aber der Satz gilt allgemein, er ſteht mit dieſem Adoptionsverhältnis in keinem inneren Zuſammenhang; der emancipatus filius exheredatus, deſſen Sklave zum Erben eingeſetzt wurde, hat dieſe b. p. keineswegs]. Den Grund dieſer Vorſchrift findet Francke p. 138 in der Möglichkeit, daß inzwiſchen der eingeſetzte Sklave freigelaſſen werden ſein könne; ich denke dagegen, er liege in dem Mangel des honor habitus beim Sohn (Anm. 53). *b*) Sie haben weiter dieſe bonorum possessio nur für den Fall,

Digitized by Google

contra tabulas bonorum possessio berufen ſein ſollen aus der Perſon des Präterirten[79], commisso per alium edicto[80]. Ja, der Prätor ging hier noch einen bedeutſamen Schritt weiter; er beſtimmte nämlich durch einen eigenen Ausſpruch des Edikts[81], daß auch die in aliena familia befindlichen[82] eigenen[83] Kinder des Teſtator, welche die

für welchen ſie durch die Einſetzung geehrt ſind: der unter einer Bedingung Eingeſetzte erhält dieſe bonorum possessio ebenfalls, aber ſie wird im Allgemeinen zur b. p. sine re, wenn die Bedingung nachträglich deficirt; Fr. 11 h. tit. Allerdings kann alsdann der Betreffende die contra tabulas bonorum possessio dennoch behalten, aber aus einem anderen Grund, ſo der sub conditione institutus emancipatus filius, welcher für den umgekehrten Fall nicht erheredirt worden war. Aber er kann nunmehr auch aller Erbanſprüche verluſtig gehen, ſo der sub conditione institutus in adoptionem datus filius und von dieſem allein ſpricht Fr. 11; deshalb wird derſelbe auch zur Kautionsleiſtung verpflichtet ſein, gleich den bedingt eingeſetzten Erben, welche die secundum tabulas bonorum possessio erhalten.

79) So der institutus emancipatus bei Präterition des suus oder eines emancipatus (Fr. 16 de legatis praest. Fr. 14 p. de b. p. contra tabulas); der institutus suus bei Präterition des emancipatus, Fr. 14 p. cit.

80) Commisso per alios edicto: Fr. 10 § 1. 5 h. tit. Fr. 16 de leg. praest. Fr. 103 § 2 de legatis III; ab alio: Fr. 8 § 4 h. tit. Fr. 3 de dotis coll.; propter alios: Fr. 10 § 6 h. tit.; alio committente edictum: Fr. 8 § 11. Fr. 11 p. h. tit.; endlich ſchlechtweg commisso edicto: Fr. 103 § 3 de leg. III (Erklärung durch beneficio aliorum: Fr. 10 § 6 h. tit.).

81) *Fr.* 8 § 11 *h. tit.:* In adoptionem datos filios non summoveri praetor voluit, modo heredes instituti sint: et hoc iustissime eum fecisse Labeo ait, nec enim in totum extranei sunt. Ergo si fuerint heredes scripti, accipient contra tabulas bonorum possessionem; sed ipsi soli non committent edictum, nisi fuerit alius praeteritus ex liberis, qui solent committere edictum.

82) Die Quellen ſprechen in der Regel nur von dem in adoptionem datus, nicht aber auch ausdrücklich von dem emancipatus, der ſich arrogiren ließ. Förſter p. 187 will deshalb die Anwendung dieſer bonorum possessio auf den ausdrücklich genannten Fall beſchränken. Dagegen erklärt ſich mit Recht Francke p. 138; jenes maßgebende non in totum extranei sunt paßt vollſtändig auf beide Fälle und endlich bringt Fr. 10 p. trotz Förſter's Widerſpruch den Beweis. Sogar der Enkel, welcher von dem in adoptionem datus filius nach der Adoption erzeugt wurde, hat dieſes Recht: Fr. 1 § 12 de ventre.

83) Nicht auch die vom Adoptivvater in Adoption gegebenen: Fr. 8 § 12 h. tit.

Digitized by Google

nächsten in ihrem Stamme sind[84], sofern sie durch den honor institutionis vom Vater ausgezeichnet worden waren[85], die bonorum possessio contra tabulas commisso per alium edicto erhalten sollen. Diese Bestimmung ist insofern besonders merkwürdig, als die genannten Personen, zu den extranei, nicht zu den liberi gehörig, weder dem Vater die Pflicht auflegen, ihrer im Testament formell zu gedenken, noch ab intestato in der Klasse unde liberi berufen sind. Wenn jedoch der Vater sie von freien Stücken unter seinen Erben nannte, so ist nach prätorischer Auffassung anzunehmen, es sei der bestimmte Wille des Testators gewesen, jenes natürliche Band, welches den Vater unter allen Umständen an sein Kind knüpft, praktisch anzuerkennen, nec enim in totum extranei sunt[86]: und der Prätor war nicht geneigt, einer solchen Regung des natürlichen Gefühls durch seine bonorum possessio entgegen zu treten.

Die angegebenen Personen bilden die Gesammtheit der Delaten. Die Erwerbung auf Grund dieser Delation erfolgt in der, für die bonorum possessio überhaupt gültigen Form. Die Frist für die Bitte

84) Fr. 1 § 12 de ventre. – Fr. 13 § 1 de b. p. contra tabulas: wenn im Testament der in adoptionem datus nepos zu Erben eingesetzt und in dem Augenblick, wo der Erblasser stirbt, der Vater desselben – sei er Hausſohn oder emancipatus, am Leben ist, so hat dieser Enkel die commisso nicht, selbst dann nicht, wenn er sie erst nachsucht, nachdem sein Vater nach dem Tode des Erblassers [so ist der Schluß zu verstehen; anders deutet ihn, wie es scheint, Bangerow p. 278] starb: denn entscheidend ist der Moment der Delation. Daraus erklärt sich Fr. 25 § 1 de legatis praestandis; hier nämlich wird dem, von dem in adoptionem datus filius in adoptiva familia erzeugten und im Testament des natürlichen Großvaters eingesetzten Enkel die bonorum possessio contra tabulas commisso per alium edicto offenbar deshalb abgeschlagen [nun mit der erwarteten Antwort der Verneinung, vergl. z. B. Fr. 14 de pign. act.], weil sein Vater noch am Leben ist.

83) Fr. 8 § 11 (Anm. 81).

86) Auch hier gilt der Satz, daß die b. p contra tabulas deferirt werde, sobald aus dem Testament angetreten werden kann, der Antritt selber aber nicht zu ihren Voraussetzungen gehöre. Das führt zu dem Schluß, daß der in adoptionem datus institutus filius auch dann diese b. p. contra tabulas commisso per alium edicto habe, wenn er der einzige eingesetzte Erbe ist, also die contra tabulas b. p. gewissermaßen gegen sich selber nachsucht: davon spricht Fr. 10 § 1 h. tit.

Digitized by Google

iſt der für die liberi feſtgeſetzte annus utilis [87]; nach ihrem unbenutzten Ablauf gilt der Berechtigte als tempore exclusus [88]. Für die Berechtigung zur Bitte ſelber iſt es gemäß den allgemeinen Grundſätzen weſentlich, daß die Qualifikation des Notherben in dem Zeitpunkte noch vorhanden ſei, in welchem er bittet [89]. Desgleichen iſt dabei nothwendige Vorausſetzung, daß derſelbe auf die Nachſuchung der contra tabulas bonorum possessio nicht Verzicht geleiſtet habe [90]. Ein ſolcher liegt nach der Auffaſſung der Jurisprudenz [91] namentlich

87) Fr. 1 § 12 de successorio edicto. § 9. 10 I. de bonorum possessionibus. Nur für die in aliena familia befindlichen, commisso per alium edicto Berufenen ließe ſich das deshalb bezweifeln, weil ſie ſtreng genommen nicht zu den liberi gehören: aber es iſt doch gerade das Weſen dieſes beſonderen Falles, daß trotz des entgegenſtehenden formalen Rechts die natürliche Kindesqualität zur Geltung kommt, non enim in totum extranei sunt.

88) Fr. 20 § 4 de bonis libertorum.

89) *Fr.* 3 § 6 *de b. p. contra tabulas:* Si emancipatus filius praeteritus ante petitam bonorum possessionem arrogandum se dederit, amittit contra tabulas bonorum possessionem. Fr. 2 p. de bonorum possessionibus secundum tabulas. Vergleiche Fr. 9 si tabulae.

90) Fr. 2 p. de bonorum poss. secundum tabulas. Die Folge eines ſolchen Verzichtes iſt, ſofern er ſchon bei der Bitte um die bonorum possessio feſtſteht, Verweigerung dieſer: Fr. 3 § 15. 16. Fr. 10 § 3. Fr. 14 p. h. tit.; wird dagegen dieſer Punkt erſt in einem ſpäteren Prozeß klar, ſo erweiſt ſich nunmehr die erlangte bonorum possessio als unhaltbar.

91) Daß die Jurisprudenz die Quelle ſei, wird für den Erbſchaftsantritt direkt ausgeſprochen von Afrikanus in *Fr.* 14 *p. h. tit.:* Si duobus filiis emancipatis alter heres institutus sit alter praeteritus, si institutus adierit, quamvis verbis edicti parum expressum sit, tamen non posse eum petere bonorum possessionem respondit, quia iudicium patris secutus sit — — Dieſe Stelle für ſich allein betrachtet könnte zu dem Schluß verleiten, es habe dagegen in Bezug auf die Annahme von Legaten das Edikt einen eigenen Ausſpruch enthalten. Daß dem nicht ſo ſei, ergibt ſich namentlich aus Fr. 5 § 2 de legatis praestandis. Aus der ausdrücklichen Beſtimmung des Edikts nämlich, daß wer die contra tabulas bonorum possessio angenommen, kein Legat auf Grund des edictum de legatis praestandis zu beanſpruchen habe, ſchloß, wie aus der angegebenen Stelle erhellt, die Jurisprudenz (eo iure utimur; vergl. Fr. 3 § 16 de b. p. contra tabulas: dicemus), daß umgekehrt, wer ein Legat annahm, als einer zu betrachten ſei, der den väterlichen letzten Willen anerkannt hat.

dann vor, wenn er den letzten Willen des Vaters thatsächlich anerkannt hat durch die freiwillige[92] Annahme eines Vermächtnisses[93] oder einer Erbportion[94]. Ja sogar wenn der zur contra tabulas b. p. Berechtigte, von dem eingesetzten Erben auf Bezahlung einer Schuld gegen die Erbschaft belangt, lediglich durch die exceptio doli mali sich vertheidiget hat, so sieht Marcian darin den Verlust des Anrechts auf die bonorum possessio; denn darin liegt mittelbar die Anerkennung des Klägers als Erben[95].

Gehen wir nun zu der weiteren Frage über: welche Wirkung

---

92) Wenn der Annehmende durch die rechtliche Gewalt eines Andern zur Annahme sich genöthiget sah, so liegt für seine Person darin keine Anerkennung des väterlichen Testaments: daher kann der in adoptionem datus, welcher auf Befehl seines Adoptivvaters die Erbschaft antrat, nach nachträglich erfolgter Emancipation doch noch aus eigener Person die contra tabulas b. p. sich erbitten: Fr. 10 § 23.

93) Dabei ist es gleichgültig, ob man das Legat vom heres institutus oder vom bonorum possessor contra tabulas annahm: desgleichen liegt ein comprobare iudicium patris auch dann vor, wenn man seinem Sklaven befahl, das Legat anzunehmen: Fr. 3 § 15. 16. Fr. 10 § 2. 3. Fr. 14 p. h. tit.

94) Fr. 3 § 15. Fr. 10 § 3. Fr. 14 p. h. tit. Weil dem Erbschaftserwerb des suus heres institutus das Moment der Freiwilligkeit fehlt, deshalb behält derselbe sein Recht auf die b. p. contra tabulas commisso per alium edicto bis zu dem Zeitpunkt, wo jenes Moment vorhanden, also bis er sich immiscirt hat: Fr. 14 p.

95) *Fr. 15 h. tit.:* Si praeteritus filius emancipatus exceptionem doli mali agenti heredi patris opposuerit de eo, quod patri debuit, non posse eum contra tabulas bonorum possessionem petere existimo; nam hoc ipso quasi repudiavit bonorum possessionem; quod ita intelligendum est, si heredem petentem debitum noluerit filius repellere illa exceptione, *si non contra tabulas bonorum possessio filio dari potest*, sed magis doli exceptione usus est. Die Stelle hat eine doppelte Auslegung erfahren. Nach einem, auf Fr. 50 § 4 de bonis libertorum bezugnehmenden Scholion Basilicorum, dem Schulting zustimmt, ist der Fall gemeint, wo der Präterirte aus der ihm zugewendeten liberatio legata ercipirt, also das Testament mittelbar anerkennt; dagegen bezieht Mühlenbruch p. 89 den Ausspruch des Juristen auf das Ercipiren aus der Schuld selber. Ein comprobare iudicium patris enthält die exceptio in beiden Fällen; Marcian's Worte auf den ersten zu beschränken, dazu berechtigt uns keine Andeutung des Juristen.

Digitized by Google

hat die agnitio bonorum possessionis contra tabulas? so mag zuerſt darauf hingewieſen werden, daß dieſe Erwerbung mindeſtens in einem Fall, und zwar nach der Auffaſſung der Jurisprudenz, ihren Charakter ändert eines nachträglich eintretenden Umſtandes wegen. Wenn nämlich das inſtituirte Kind die b. p. contra tabulas commisso per alium edicto erhält, ſo geſchieht das in der ſtillſchweigenden Vorausſetzung, daß der Präterirte dieſelbe ebenfalls nachſuchen werde: unterläßt dieſer die Bitte, ſo ergibt ſich, daß überhaupt kein Grund für Beſeitigung des letzten Willens beſtehe; daher wird die ertheilte contra tabulas b. p. nunmehr ſo behandelt, wie wenn secundum tabulas gebeten wäre [96].

96) *Fr.* 14 *p. de legatis praest.:* Nonnunquam contra tabulas bonorum possessionem quis habet iure secundum tabulas bonorum possessionis; utputa heres institutus est emancipatus filius, alius emancipatus praeteritus; institutus accepit contra tabulas bonorum possessionem, praeteritus omisit, apertissimum est, ut cogatur omnibus legata ita praestare, atque si commissum edictum non fuisset; nec enim occasio emancipati praeteriti debet institutum lucro afficere, quum praeteritus iure suo non utatur. Umgekehrt kommt es vor, daß eine andere ertheilte bonorum possessio nachträglich den Charakter der contra tabulas erhält: *a*) Der sub conditione eingeſetzte Notherbe empfängt pendente conditione die secundum, nicht die contra tabulas bonorum possessio; deficit aber nachträglich die Bedingung, ſo wird — vorausgeſetzt natürlich, daß er für dieſen Fall nicht enterbt ſei — ſeine secundum ſo behandelt, wie hätte er die contra tabulas b. p. erhalten: Fr. 2 § 1. Fr. 5 de b. p. secundum tabulas. Fr. 3 § 13. 14 de b. p. contra tabulas. *b*) Wenn ſtatt der contra tabulas aus einem faktiſchen Irrthum die b. p. unde liberi erbeten worden iſt, ſo erhält ſie den Charakter der erſteren: Fr. 5 p. de dotis coll. — In allen ſolchen Fällen bedarf es keiner neuen Ertheilung der bonorum possessio, ſondern es wird in Folge der geänderten Umſtände die früher gewährte ſo behandelt, als wäre gleich anfangs die nunmehr als paſſend ſich herausſtellende ertheilt worden: *Fr.* 2 § 1: praetor tamen filium, qui admiserit secundum tabulas — tueri debet, ac si contra tabulas acceperit. *Fr.* 5 § 1: — quasi contra tabulas bonorum possessione accepta rem habere videtur. *Fr.* 3 § 13: Tuendus erit a praetore in tantum, quantum ferret, si contra tabulas bonorum possessionem accepisset. *Fr.* 5 *p. de dotis coll.:* et bonorum possessio unde liberi fingatur pro contra tabulas esse petita. Die hier erwähnte tuitio praetoria wird nicht ſelten die Form der exceptio an ſich zu tragen haben.

Digitized by Google

In dem gewöhnlichen Fall der contra tabulas bonorum possessio, also wo sie ihr eigentliches Wesen einhält, ist davon auszugehen, daß sie nach prätorischer Auffassung gemäß ihrem Namen und der Voraussetzung, unter welcher sie allein gegeben wird, überall ein gültiges Testament außer praktischer Wirksamkeit setzt und daß demgemäß der Regel nach weder die Erbeseinsetzungen noch die Vermächtnisse zur Ausführung kommen, denegantur actiones[97]. Dagegen von dem Standpunkte des civile ius aus betrachtet, hat sie nach dieser Seite hin nicht immer den gleichen Charakter: zuweilen nämlich ist auch von diesem aus zu sagen rescindit praetor per contra tabulas bonorum possessionem testamentum[98], zuweilen dagegen wird nach civiler Auffassung deshalb kein Testament rescindirt, weil civiliter keines besteht, also nach civile ius Intestaterbfolge einzutreten hat[99]. Das Letztere hat namentlich statt, wenn in einem, im Uebrigen den civilen Anforderungen entsprechenden Testament einer von denjenigen civilen Notherben präterirt ist, deren Präterition nach den Grundsätzen des civile ius Nichtigkeit des letzten Willens nach sich zieht. Dagegen wird ein civiliter gültiges Testa-

97) Vergl. Fr. 3 § 6. Fr. 5 § 4 de legatis praestandis. Anders Huschke in der angeführten Recension p. 18; er meint, dem Civilrecht habe der Prätor wenigstens formell gehorchen müssen, er habe daher die civiles actiones überhaupt nicht versagen, sondern nur exceptiones dagegen gewähren können. Daß Fr. 1 ut ex legibus diesen Satz erweise, nimmt Huschke selbst nicht an. Möglich, daß der Prätor in der frühesten Zeit des Cicicrens diesen anscheinend milderen Weg einzuhalten sich veranlaßt sah. Späterhin aber ist es der Praxis sicher nicht entgangen, daß ein solches Verfahren bei vorliegendem Beweis der Einrede Zeitverschwendung gewesen sein würde.

98) *Fr. 13 p. de b. p. contra tabulas:* Quum emancipatus bonorum possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei hereditatem petenti cogendus est et praedia et servos hereditarios praestare; omne enim ius transferri aequum est, quod per causam hereditariam scriptus heres nanciscitur, ad eum, quem praetor heredis loco constituit. Demnach läßt sich hier sagen: praetor corrigit ius civile.

99) Auch hier liegt eine Korrektur des civile ius vor, nämlich der civilen **Intestaterbfolge**.

Digitized by Google

ment in folgenden Fällen durch die bonorum possessio contra tabulas praktiſch vernichtet:

1) Wenn Diejenigen, welche, weil im Teſtament übergangen, die genannte bonorum possessio erhalten haben, lediglich prätoriſche Notherben ſind.

2) Ganz allgemein gehörten urſprünglich die bei Abfaſſung des Teſtaments vorhandenen, in dieſem präterirten suae und nepotes sui dann hierher, wenn neben ihnen weder ein filius suus noch ein postumus präterirt war; denn durch die ihnen gewährte bonorum possessio contra tabulas wurde das nach civile ius rechtsbeſtändige Teſtament beſeitiget. Das wurde freilich vorübergehend durch ein Reſkript des Kaiſers Mark Aurel[100] zu einem Theil geändert. Zwar für die nepotes sui ließ er es bei der prätoriſchen Beſtimmung; dagegen verordnete er in Bezug auf das weibliche Geſchlecht — von der im Alterthum ſo häufigen Zurückſetzung deſſelben ſich nicht frei haltend —, daß dieſes durch die contra tabulas bonorum possessio nicht mehr erhalten ſolle, als das alte ius accrescendi ihm gewährte[101]: eine Beeinträchtigung der Frauen, welche noch zu

100) Daß Gaius II, 126 dieſen Kaiſer meine und nicht ſeinen Vorgänger Pius Antoninus, obgleich Juſtinian in C. 4 de liberis praeteritis dieſelbe Konſtitution dem magnus Antoninus zuſchreibt, ſchließt Fabricius p. 98 mit Recht aus dem Umſtande, daß hier von einem lebenden Antoninus die Rede iſt, während bald darauf (II, 195) Pius als Divus bezeichnet wird. Dieſe Auffaſſung billigen auch Huſchke und Hingſt.

101) *Gai. II.* 125: Quid ergo est? licet eae secundum ea, quae diximus, scriptis heredibus dimidiam partem tantum detrahant, tamen praetor eis contra tabulas bonorum possessionem promittit, qua ratione extranei heredes a tota hereditate repelluntur: [126] et efficeretur sane per hanc bonorum possessionem, ut nihil inter feminas et masculos interesset; sed nuper imperator Antoninus significavit rescripto, suas [Vermuthung Huſchke's, der Codex hat suo] non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod iure adcrescendi consequerentur, quod in emancipatis feminis similiter optinet, scilicet ut quod adcrescendi iure habiturae essent, si suae fuissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem habeant. Vergl. C. 4 de liberis praeteritis. Wie bei dieſem klaren Gang der Entwickelung Hingſt p. 164 auf den Gedanken gerathen konnte, es ſei in Antoninus' Vorſchrift eine Reaktion

Majorian's Zeiten in Kraft war[102], so daß es dem Kaiser Justinian vorbehalten blieb, dem weiblichen Geschlecht wiederum die ganze Gerechtigkeit angedeihen zu lassen[103]. In welcher Weise er das gethan, davon an einer späteren Stelle[104].

3) Ferner sind dieselben Personen in einem Fall auch als im Testament eingesetzte hierher zu zählen. Sind sie nämlich unter einer kasnellen Bedingung eingesetzt, so gelten sie im Fall der Deficienz derselben zwar nicht nach civile ius, wohl aber nach prätorischem für präterirt[105].

4) Endlich gibt es Fälle, in denen auch für den suus filius die contra tabulas bonorum possessio das Mittel zur Beseitigung des civilrechtlich gültigen Testaments ist:

a) Wenn ein suus filius bei dem ersten Grad präterirt, in dem zweiten erheredirt wurde, so ist derselbe nach civile ius, weil der erste Grad ungültig, durch den zweiten gültig beseitiget[106]: aber der Prätor, welcher in der Präterition nirgends den Grund für Nullität des Testaments erkennt, gibt ihm die contra tabulas b. p. wider diesen ersten Grad[107].

b) Wenn irgend ein, zu den sui Gehöriger in einem früheren civilen Testament erheredirt, dagegen in einem späteren prätorischen

zu Gunsten der Agnaten zu erkennen, ist schwer einzusehen; es ist einfach eine Reaktion zu Gunsten des männlichen Geschlechts. Wie sehr die Zurücksetzung des weiblichen Geschlechts im Geiste jener Zeit liegt, dafür zeugt beispielsweise die Art, in welcher in Nov. 18 cap. 5 der Kaiser sein Verfahren zu rechtfertigen sich veranlaßt sieht.

102) Nov. Maioriani tit. VI § 3, vom Jahr 458.

103) C. 4 de liberis praeteritis.

104) Vergl. Abtheil. III Anm. 6 ff.

105) Das Reskript Mark Aurel's hat daran nichts geändert; denn es verändert lediglich die Wirkung der erbetenen bonorum possessio, nicht aber die Berechtigung, sie zu erbitten.

106) Abth. I Anm. 63.

107) Fr. 8 § 5 h. tit. Begegnete dasselbe einem nepos suus oder einer filia, so ist das Testament auch nach civile ius im ersten Grad gültig; daher nützte auch beiden die bonorum possessio gegen diesen Grad, bis Mark Aurel diesen Nutzen für das weibliche Geschlecht beseitigte.

Digitized by Google

präterirt wurde, so ist er nach civile ius in seinem Notherbenrecht nicht verletzt, aber der Prätor gibt ihm die contra tabulas bonorum possessio wider das zweite Testament [108].

An diese Beseitigung des Testaments knüpft sich der weitere positive Satz: Alle, welche die bonorum possessio contra tabulas erhalten haben, sind, gemäß der allgemeinen Natur der bonorum possessio [109], heredum loco [110], also Universalsuccessoren [111], denen zur Geltendmachung dieses ihres prätorischen Rechts das interd. Quorum bonorum, die possessoria hereditatis petitio [112] und überhaupt die erbschaftlichen Klagen ficto se herede [113] zu Gebote stehen.

Die Gesammtheit dieser bonorum possessores contra tabulas succedirt regelmäßig in den gesammten Nachlaß. Rücksichtlich der Vertheilung gilt für sie, seien sie als praeteriti oder als instituti zugelassen, mit abermaliger Anlehnung an das Muster des civile ius, die Regel, daß jeder Einzelne so viel erhält, als er, in der Gewalt des Testators befindlich, in der Eigenschaft eines suus heres erhalten haben würde; es gilt also Viril- und Stammtheilung [114].

---

108) Das beweist das vielbesprochene Fr. 12 § 1 de b. p. contra tabulas. Vergl. Fr. 2 de iniusto und die Ausführung von Fabricius p. 127 ff.

109) Ulp. XXVII, 12. Gai. II, 32; IV, 34. § 2 I. de bonorum poss.

110) Fr. 13 p. de bon. poss. contra tabulas.

111) Die agnitio ist überhaupt nicht, wie Mühlenbruch will, ein Rechtsmittel in dem gewöhnlichen Sinne des Wortes, sondern die Form, in welcher man ein Recht erwirbt, zu dessen Geltendmachung Rechtsmittel bereit sind. Vergl. Leist II p. 140.

112) Fr. 13 p. cit. Gemäß dieser Stelle hat der bonorum possessor contra tabulas diese hereditatis petitio selbst wider den heres; natürlich, denn jene bonorum possessio wird ertheilt corrigendi iuris civilis causa. Diesem Sachverhalte entspricht es, daß der heres, so lange die contra tabulas bonorum possessio nachgesucht werden kann, wider die klagenden Erbschaftsgläubiger die exceptio hat: at si non in ea causa sint tabulae testamenti, ut contra eas bonorum possessio dari possit: Fr. 2 de except. rei iudicatae, Keller, Litiskontestation p. 578.

113) Ulp. XXVIII, 12. Gai. IV, 34.

114) In Fr. 8 § 14 de b. p. contra tabulas wird uns folgender allgemeine

Digitized by Google

Desgleichen besteht, wenn einer der mehreren Delaten nachträglich wegfällt, der Grundsatz der Akkrescenz[115]; denn eine jede Delation umfaßt die gesammte Erbschaft.

Wenn es nun, wie gesagt, die Regel ist, daß die contra tabulas bonorum possessio die Totalität der bona mit Ausschluß aller anderen Erben ergreife, so ist doch auch diese Regel keineswegs ausnahmslos; es gibt nämlich Fälle, in welchen neben den contra tabulas bonorum possessores andere Erben ebenfalls zugelassen werden.

Dahin gehören zuerst diejenigen präterirten sui heredes, deren Präterition nach den Grundsätzen des civile ius das Testament selbst vernichtet. Bei Ertheilung der bonorum possessio contra tabulas hatte der Prätor keineswegs die Absicht, jenen ihr civiles Notherbenrecht zu verkümmern oder auch nur die Ausübung desselben von der Ergreifung der contra tabulas b. p. abhängig zu machen. Daher besteht, wenn ein präterirter emancipatus die contra tabulas b. p. nahm, neben dieser die hereditas in anerkannter Wirksamkeit zum Betrag des Theils, welchen der Prätor im Edikt dem suus heres zuerkennt[116]; die Quellen sagen von ihm: rem ab intestato

Grundsatz mitgetheilt: Praetori enim propositum est, quum contra tabulas bonorum possessionem dat, cas partes unicuique liberorum tribuere, quas intestato patre mortuo in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset. Inwieweit dieser Grundsatz in der späteren Zeit theils durch die nova clausula Iuliani, theils durch das erwähnte Reskript Mark Aurel's modificirt wurde, ergibt sich aus dem Früheren.

115) C. 1 quando non petentium. Fr. 12 p. de b. p. contra tab. Fr. 1 § 12 de coniung. Fr. 5 de bonorum possessionibus. Die Akkrescenz erfolgt auch nach prätorischem Recht ipso iure: Fr. 6 p. eod. tit. Da durch die nova clausula Vater und Kind auf denselben Stammtheil berufen sind, so gilt die Akkrescenz zunächst ausschließlich innerhalb dieser stirps und zwar in der Art, daß wenn einer von mehreren Enkeln wegfällt, zuvörderst lediglich dem anderen Enkel und dann erst dem Vater desselben akkrescirt (Fr. 1 § 5. 12. de coniung. Fr. 25 p. de leg. praest.), beim Wegfall des Vaters aber die Enkel den Stammtheil ganz erhalten (Fr. 5 § 2 si tabulae).

116) C. 13 *de iure delib. (Diocl. et Max.):* Suum heredem omissa bonorum possessione paternam successionem obtinere potuisse, certi iuris est.

Digitized by Google

habet[117]. Daß er die bonorum possessio nachſucht, ſoll ihm praktiſche Vortheile bringen[118], daß er es nicht thut, ſoll ihm ſein civiles Recht nicht ſchmälern.

Weiter iſt der exheredatus in zwei Fällen hierherzuſtellen, in welchen zwar die contra tabulas bonorum possessio ihm verſchloſſen, der Prätor aber nicht gemeint iſt, der vorhandenen civilen Nichtigkeit des Teſtaments entgegenzutreten; denn auch er läßt ſich von dem Satze leiten: exheredationes non esse adiuvandas. Zuerſt wenn einer von denjenigen sui heredes präterirt iſt, deren Präterition das Teſtament civiliter vernichtet, ſo ſind folgeweiſe

---

Fr. 15 p. Fr. 16 de leg. praest. Die erſte Stelle ſagt: Is, qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, etsi contra tabulas bonorum possessionem petierit, quia et non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret, nec enim exceptio doli mali huic noceat, et absurdum est, eum legata praestare, quia bonorum possessionem petierit, quum et sine hac hereditatem habiturus sit. Wie die hier erwähnte exceptio doli mali zu deuten ſei, iſt eine vielbeſprochene Frage (Cui. obs. III, 20, Mühlenbruch p. 29, Fabricius p. 101, Huſchke p. 21). Gemeint iſt offenbar die exceptio doli mali, welche Antoninus dem secundum tabulas bonorum possessor gegen den heres ab intestato gab (Gai. II, 120): der präterirte suus filius (anders der erheredirte) hat ſie nicht zu fürchten; denn es war nicht des Prätors Wille, das civile Notherbenrecht deſſelben von der Nachſuchung der contra tabulas bonorum possessio abhängig zu machen (die Worte nec enim exceptio doli mali huic noceat ſind ein parenthetiſcher Satz). So ſcheint auch Huſchke die Sache zu deuten.

117) Und zwar ebenſo wohl wenn er die bonorum possessio nahm (Fr. 16 cit.) als wenn er ſie nicht nahm (Fr. 15 cit.).

118) Worin der Vortheil der contra tabulas bonorum possessio für den in ſeinem civilen Notherbenrechte verletzten suus filius beſtehe, iſt mannigfach beſprochen worden (vergl. die Auseinanderſetzung von Leiſt II p. 48 ff.). Derſelbe wird in folgenden Punkten zu erkennen ſein: *a*) die b. p. contra tabulas bringt dem suus zuerſt die Vorzüge einer jeden bonorum possessio überhaupt, alſo namentlich das interdictum Quorum bonorum: Gai. III, 34; *b*) ſie bewirkt regelmäßig den Ausſchluß der bonorum possessio secundum tabulas und der b. p. intestati; *c*) wenn ein emancipatus die bonorum possessio nahm, ſo kann der suus denſelben zur Kollation urſprünglich nur dann nöthigen, wenn er jene ebenfalls nachgeſucht hat.

Digitized by Google

auch die in dem letzteren ausgesprochenen Exheredationen nach civile ius nichtig. Zwar dem präterirten suus steht hier gemäß den Grundsätzen des Edikts die contra tabulas b. p. zu, weil es prätorische tabulae sind; gerade aus demselben Grunde aber ist diese contra den Exheredirten, seien sie sui oder emancipati, ebenfalls nach den Prinzipien des Edikts zu verweigern [119]: demgemäß werden diese neben jenen contra tabulas bonorum possessores als Intestaterben zugelassen [120]. Es ist weiter civiler Grundsatz, daß alle Enterbungen zusammenfallen mit dem Testament, also namentlich dann, wenn die Gesammtheit der im Testament eingesetzten Erben ausschlug. Daran hält auch der Prätor fest [121]: zwar die einmal deferirte contra tabulas bonorum possessio wird aus diesem Grunde den Präterirten nicht entzogen, den Exheredirten nicht gewährt; aber neben jenen contra tabulas bonorum possessores kommen diese ab intestato zur Erbfolge [122].

---

119) Vergl. Anm. 74.

120) *Fr.* 32 *de liberis et postumis (Marcianus):* Si filio emancipato exheredato is, qui in potestate est, praeteritus sit, ipse quidem emancipatus, si contra tabulas petat, nihil agit, ab intestato autem et suus et emancipatus venient. *Fr.* 1 § 9 *si tabulae (Ulp.):* Si filius emancipatus exheres fuerit, is autem qui in potestate fuerat praeteritus, emancipatum petentem ab intestato bonorum possessionem Unde liberi tueri debet praetor usque ad partem dimidiam, perinde atque si nullas tabulas pater reliquisset.

121) *Fr.* 12 § 5 *de bonis libertorum:* Ex testamento autem, ex quo non adita hereditas est neque petita bonorum possessio, liberis exheredatio non nocet; absurdum est enim, in hoc tantum valere testamentum, ut exheredatio vigeat, quum alias non valeat [Ulpian spricht zunächst von dem Satze des Edikts, wonach der von seinem Vater exheredirte Sohn der bonorum possessio contra tabulas liberti paterni der Regel nach verlustig geht: Fr. 10 § 1. Fr. 11. Fr. 12. Fr. 27. Fr. 38 p. Fr. 42 p. de bonis liberti; er sagt, der in einem Testament, aus welchem die Erbschaft nicht angetreten wird, als exheres bezeichnete Sohn ist nach prätorischer Auffassung hier nicht für exheredirt zu achten].

122) Den Beweis für diese Sätze bringt Tryphoninus in Fr. 20 p. de bonorum possess. contra tabulas, welches folgenden Gang einhält. Wenn ein suus filius exheredirt, ein emancipatus präterirt ist, so fragt es sich, welchen praktischen Umfang hat die bonorum possessio contra tabulas des Letzteren? Die Entscheidung — so lautet die Antwort — hängt von dem Benehmen der im Te-

Digitized by Google

Endlich fügte das spätere Recht noch ein paar Fälle hinzu. Einmal, wenn eine, zu den liberi gehörige Person die contra tabulas bonorum possessio ergriffen hat, so werden nach einer später darzustellenden Rechtsentwickelung gewisse exceptae personae institutae in ihrer Institutionsportion dennoch

stament eingesetzten Erben ab. Wenn nämlich diese antreten, so erhält nunmehr die exheredatio ihre volle praktische Wirksamkeit und ist demnach der suus exheredatus von der Erbschaft ganz ausgeschlossen. Schlagen sie dagegen die Erbschaft aus [und dazu werden sie sich leicht bewogen finden, weil sie in Folge der dem emancipatus zustehenden contra tabulas bonorum possessio von der hereditas doch nichts behalten würden; vergl. Fr. 4 de legatis praest.], so fällt die exheredatio mit dem Testament zusammen und es ist daher der Erbredirte suus heres ab intestato, dem emancipatus aber bleibt daneben das Recht auf die b. p. contra tabulas nach wie vor [denn sie ist ihm im Augenblick des Todes des Erblassers deferirt worden und der Umstand, daß er sie nicht sofort agnoscirt hat, ist ein rein zufälliges Moment, wozu ihn die Agnitionsfrist berechtigte] und zwar ihm allein, nicht aber steht es nunmehr auch dem suus zu [denn diesem wurde die contra tab. b. p. bei dem Tode des Erblassers nicht deferirt, weil erheredirt; sie wird es ihm auch nicht nachträglich, weil es überhaupt nur einen Moment für die Delation dieser contra tabulas b. p. gibt und weil selbst die Möglichkeit einer nachfolgenden Delation vorausgesetzt, der suus zu derselben doch nicht berechtiget wäre; denn er ist weder praeteritus noch institutus]. Dieser aber hat infolge der eingetretenen Ungültigkeit der exheredatio nunmehr auch Anrecht auf die bonorum possessio contra tabulas liberti paterni. [Der Satz Sed quum bis videatur läßt sich als ein parenthetischer auffassen; nach videatur gehört, anders als unsere Ausgaben zu thun pflegen, volle Interpunktion: videatur. Redit, vielleicht Redit enim.] Ueberhaupt erhält die Sache im Wesentlichen die Gestalt der Intestaterbfolge, bei welcher der Prätor den lediglich prätorisch berufenen emancipatus gegenüber dem suus heres ab intestato bis auf die Hälfte in Schutz nimmt. Daraus ergibt sich, daß es der eingesetzte Erbe in der Hand hat, den suus exheredatus entweder durch seinen Antritt von der Erbschaft auszuschließen oder denselben durch Ausschlagung der Erbschaft zum suus heres ab intestato zu machen. [An dem Ausdruck exheredatum effectum hat man mit Unrecht Anstoß genommen und es ist keineswegs mit Cujaz effectu zu korrigiren; so sagt z. B. Fr. 3 § 6 de coll.: emancipatus factus.]. So weit Tryphoninus (vergl. namentlich Mühlenbruch 37 p. 10 ff.). Nehmen wir nun an, daß nicht, wie in dem Fall der Stelle, ein suus erheredirt war, sondern ein emancipatus, so wird derselbe, wenn der eingesetzte Erbe ausschlägt, gerade ebensogut zur Erbfolge ab intestato kommen müssen.

Digitized by Google

geschützt. Sodann da seit Mark Aurel die den präterirten Frauen zustehende contra tabulas bonorum possessio nicht mehr die gesammte Erbschaft ergreift, so ist der Rest den testamentarischen Erben zum Erwerb angeboten.

In allen diesen Fällen besteht über das materielle Erbrecht kein Zweifel. Desto lebhafter verhandelt man über die verhältnismäßig untergeordnete Frage, ob hier der Prätor neben der bonorum possessio contra tabulas die b. p. secundum tabulas und die b. p. intestati bewilliget oder ob er in anderer, außerordentlicher Weise geholfen habe[123]. Allerdings wird in unseren Quellen die natürliche Regel ausgesprochen, daß durch die bonorum possessio contra tabulas die secundum tabulas und durch diese hinwiederum die intestati ausgeschlossen werde[124]: aber weder wird uns von dieser Regel gesagt, daß sie — anders als andere Rechtsregeln — ausnahmslose Gültigkeit habe, noch nöthiget uns irgendwie der civile Satz nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, eine solche Ausnahmslosigkeit zu supponiren. Im Gegentheil wird durch die b. p. patroni contra tabulas liberti die Durchbrechbarkeit dieser Regel auf prätorischem Gebiet vollkommen bewiesen[125]: und es ist daher nicht einzusehen, weshalb in den vor-

123) Für Zulässigkeit verschiedener bonorum possessiones nebeneinander sprechen sich namentlich aus Francke p. 141, Mühlenbruch p. 33, Fabricius p. 211 ff., Fein p. 78 ff.; dagegen nach Hugo's Vorgang Förster § 143, Uhrig p. 14 ff.

124) Die secundum kommt erst nach der contra tabulas an die Reihe: Ulp. XXVIII, 5. Fr. 2 p. secundum; die intestati erst nach der secundum: Fr. 1 § 2 si tabulae. Fr. 1 § 1 quis ordo. Die contra tabulas ist im Allgemeinen die bonorum possessio ex prima parte edicti: Fr. 2 § 1. Fr. 42 § 2 de bonis libertorum. Fr. 4. Fr. 12 de carboniano edicto (vergl. Cuiacius ad Ulp. 28, 5, Huschke p. 29); nur wenn lediglich von der intestati bonorum possessio die Rede ist, gilt der ordo Unde liberi als prima pars: Fr. 1 § 11 de successorio edicto.

125) Durch diese bonorum possessio wird ein Pflichttheilsrecht des Patrons geltend gemacht: sie ergreift lediglich eine bestimmte Quote des Nachlasses (Fr. 6 p. de bonorum possessionibus. Fr. 4 p. de b. p. contra tabulas) und läßt den Rest bei dem bonorum possessor secundum tabulas. Gerade weil sie des

Digitized by Google

liegenden Fällen ein anderes als dieſes natürliche, feſte Formen und feſte Friſten von ſelber mit ſich bringende Verfahren ſollte beobachtet worden ſein, lediglich einer ſchematiſchen Regel zu Liebe [126].

Pflichttheils wegen gegeben wird, wird ſie überhaupt erſt deferirt, wenn der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft angetreten oder bonorum possessio secundum tabulas nachgeſucht hat: Fr. 3 § 5 de bonis libertorum.

126) Wir haben allerdings keinen, die Sache unmittelbar erledigenden Quellenausſpruch, aber Alles weiſt darauf hin, daß hier nichts Beſonderes ſtatt habe. *a*) Nachdem ſeit Mark Aurel die contra tabulas b. p. der allein berufenen Weiber auf die Hälfte des Nachlaſſes beſchränkt iſt, die andere Hälfte aber den teſtamentariſchen Erben zuſteht, iſt für die letzteren (ganz ähnlich wie in dem Fall der vorigen Note) die b. p. secundum tabulas die rechte prätoriſche Erwerbungsform und bei blos prätoriſch gültigem Teſtament ſogar die einzige. [Um dieſes unbequeme Reſultat zu beſeitigen, geht z. B. Uhrig p. 4 ſo weit, zu leugnen, daß die weiblichen Notherben in dem Falle, wo neben ihnen keine männlichen vorhanden ſind, ſeit Antoninus überhaupt noch die contra tabulas b. p. erhielten (neben männlichen war dieſes Leugnen freilich abſolut unthunlich), ſie hatten vielmehr nach dieſem Schriftſteller hier nur noch die secundum tabulas b. p. Aber nicht blos ſpricht Gaius offenbar von der contra tabulas b. p., ohne die secundum tabulas auch nur zu nennen, ſondern auch Juſtinian in C. 4 p. de liberis praeteritis ſagt daſſelbe.] *b*) Wenn ein suus filius präterirt iſt, ſo kommt (vergl. Anm. 120) der emancipatus exheredatus ab intestato (Fr. 32 de liberis et postumis) und zwar iſt die bonorum possessio Unde liberi die ihm zuſtehende Form (Fr. 1 § 9 si tabulae): während dem suus die contra tabulas bonorum possessio in dieſem Fall zweifellos zuſteht. [Man ſollte meinen, das ſei klar: aber man kann auch den klarſten Dingen Widerſpruch entgegenſetzen. So nimmt Uhrig p. 57 mit vollkommener Willkür an, der Prätor verweigere hier dem suus die contra tabulas bonorum possessio, damit dem emancipatus der Weg zur Unde liberi nicht verſchloſſen werde. Anders Hingſt p. 139; er urgirt das Wort tueri in Fr. 1 § 9, behauptend, daß daraus irgend eine ausnahmsweiſe vor ſich gehende Behandlung der Sache folge: aber tueri bedeutet einfach „Schutz gewähren", ohne daß in dieſem Wort ein Ausſpruch über die Form dieſes Schutzes enthalten iſt; daß auch die gewöhnliche Ertheilung der bonorum possessio eine tuitio praetoria ſei, zeigt z. B. Fr. 2 si tabulae.] *c*) In dem Fall der Anm. 122 iſt durchaus kein Grund vorhanden, weshalb, wenn dem emancipatus praeteritus die contra tabulas bonorum possessio ertheilt worden iſt, dem durch die Repudiation des eingeſetzten Erben heres ab intestato gewordenen suus exheredatus die Vortheile der bonorum possessio ſollten verſagt worden ſein: er muß daher die b. p. Unde liberi zu beanſpruchen haben; für den emancipatus exheredatus

Digitized by Google

So die allgemeinen Wirkungen der contra tabulas bonorum possessio. Damit begnügte sich jedoch das Edikt keineswegs; vielmehr sah es sich veranlaßt, zwei wichtige Modificationen durch besondere Klauseln einzuführen: die Pflicht der Kollation und die Aufrechterhaltung bestimmter Vermächtnisse.

Wenden wir uns zuerst zur Kollation.

Ueberall, wo der Prätor den emancipatus kraft eigener Machtvollkommenheit neben dem suus berief, also bei der bonorum possessio contra tabulas und bei der b. p. Unde liberi, mußte ein Umstand der Erwägung sofort entgegentreten, nämlich die Ungleichheit ihrer rechtlichen Situation. Während der emancipatus, seit der Emancipation homo sui iuris, Alles, was er erwarb, zu eigenem Vermögen erworben, ist der ganze Erwerb des suus in das Vermögen des Vaters gelangt und mithin — so weit überhaupt noch vorhanden — in dem väterlichen Nachlaß enthalten. Um die nothwendige Ausgleichung herbeizuführen, ließen sich zwei verschiedene Wege einschlagen: entweder mußte der suus im voraus erhalten, was von seinem Erwerb in der paterna hereditas sich befand, oder der emancipatus mußte sein eigenes Vermögen mit dem suus zu theilen genöthiget werden. Der Prätor wählte aus einleuchtenden Gründen der praktischen Zweckmäßigkeit den zweiten Weg; aller Wahrscheinlichkeit nach war sofort bei Einführung jener beiden bonorum possessiones die collatio bonorum das Maß, unter welchem die Theilnahme der emancipati am Erbrecht neben sui dem Edikt allein zulässig erschien[127]. Die ursprünglichen Grundzüge

ist in diesem Fall die letztgenannte b. p. sogar das einzige Mittel, die Erbschaft zu erwerben.

127) Das der contra tabulas bonorum possessio nicht ausschließlich angehörige Institut der Kollation soll hier nur in seinem allgemeinen Entwickelungsgang und innerhalb der durch unsere Aufgabe gestellten Grenzen dargestellt werden. Es ist das um so thunlicher, als im Uebrigen auf die anerkannten Arbeiten von Francke (1826), Fein (1842), sowie auf die klare und selbstständige Uebersicht von Arndts (im 3. Bande des Rechtslexikons, geschrieben vor Fein) verwiesen werden kann.

Digitized by Google

dieſes Inſtituts, wie ſie im Edikt ausgeſprochen waren, beſtanden in Folgendem [128]:

Die Kollation hat ſtatt bei der bonorum possessio contra tabulas und bei der Unde liberi [129].

Kollationspflichtig iſt der der bonorum possessio contra tabulas oder der Unde liberi ſich bedienende emancipatus [130].

Kollationsberechtiget ſind lediglich die sui [131], vorausgeſetzt,

---

128) Ulpian behandelt in ſeinem Werk ad edictum die Kollation an zwei Stellen, nämlich im 40. und im 79. Buch. An der erſten entwickelte er nach Maßgabe des Edikts das Prinzip der Kollation überhaupt, an der zweiten handelte es ſich um die stipulatio collationis, welche hier neben den anderen praetoriae stipulationes aufgeſtellt war. Auch Paulus (sent. V, 9) ſpricht davon bei Gelegenheit der praetoriae stipulationes.

129) *a*) Die Kollation hat ſtatt bei der bonorum possessio contra tabulas: *Ulp. XXVIII*, 4: Emancipatis liberis datur bonorum possessio [scil. contra tabulas], si parati sunt cavere fratribus suis, qui in potestate manserunt, bona, quae moriente patre habuerunt, se collaturos. *Fr. 1 p. de collatione (Ulp.):* Hic titulus manifestam habet aequitatem; quum enim praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat participesque faciat eum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum, consequens esse credidit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna. Cfr. Paul. V, 9, 4. *b*) Die Kollation hat ferner ſtatt bei der bonorum possessio Unde liberi: *Coll. XVI*, 7, 2 *(Ulp.):* Suis praetor solet emancipatos liberos itemque civitate donatos coniungere, data bonorum possessione: sic tamen, ut bona, si quae propria habent, his qui in potestate manserunt, conferant. Nam aequissimum putavit, neque eos bonis paternis carere per hoc, quod non sunt in potestate neque praecipua bona propria habere, cum partem sint ablaturi suis heredibus. C. 9 de collationibus. Fr. 9 de coll. *c*) Die Kollation hat nicht ſtatt bei successio ex testamento: C. 1 h. tit. *d*) Die Kollation bei der contra tabulas b. p. und bei der Unde liberi war nicht durch ein einziges, ſondern durch geſonderte Edikte eingeführt: Fr. 20 § 1 de b. p. contra tabulas. Fein p. 77 ff.

130) Fr. 1 p. Fr. 3 § 2. 3 de collatione. Fr. 20 § 1 de bonorum poss. contra tabulas.

131) Coll. XVI, 7, 2. Ulp. XXVIII, 4. Fr. 1 p. Fr. 3 § 2. 3 de collatione. C. 6 de coll. — Der emancipatus hat kein Anrecht auf Kollation: Fr. 1 § 24 (Ulp. lib. 40 ad ed.). Fr. 2 § 5. Fr. 3 § 2 de coll. Solchen ganz beſtimmten Zeugniſſen kann das Beiſpiel in Fr. 1 § 16 de coniungendis (Ulp.

Digitized by Google

daß auch sie die bonorum possessio [132], und zwar dieselbe wie der emancipatus [133], sich erbeten haben.

Gegenstand der Kollation ist das gesammte reine Vermögen des Emancipirten (bona sua) [134], nach seinem Stande im Augenblick des Todes des Erblassers [135], desgleichen dasjenige, was beim Tode

lib. 40 ad ed.) um so weniger widersprechen, als dadurch zugleich ein Widerspruch mit dem Principium und mit § 13 der Stelle selbst herbeigeführt würde; das Einfachste ist, mit Bangerow p. 441 eine ungenaue Ausdrucksweise des Juristen anzunehmen und so unter nepotes den Enkelstamm zu verstehen, insoweit er nach den Grundsätzen der nova clausula kollationsberechtigt ist. Ulpian wird um so weniger zur Abwägung der Worte sich veranlaßt gesehen haben, als er gerade des Principium's und des § 13 wegen ein Misverständnis nach dieser Seite hin nicht besorgte.

132) Fr. 1 § 1. 2. Fr. 10 de collatione.

133) Fr. 20 § 1 de b. p. contra tabulas.

134) Bona sua: Fr. 1 p. § 11. Fr. 2 p. § 1. Fr. 3 § 2 de collatione. C. 11 eod. tit. C. 2 si ut omissam. — *a*) Nicht, was keinen vermögentlichen Charakter hat, so die actio iniuriarum: Fr. 2 § 4 de coll. (nach der Litiskontestation gehört diese Klage zum Vermögen, denn es ist von da an ein Geldanspruch vorhanden: Fr. 28 de iniur.). *b*) Nicht solche Dinge, welche nicht zum Vermögen des Konferirenden gehören, so die der Tochter gegebene dos (Fr. 1 § 9 de dotis collatione: „quia in bonis eius non est"), das castrense peculium des Sohnes (Fr. 1 § 22 de coll.). *c*) Der Begriff der bona ist hier der des reinen Vermögens nach Abzug der Schulden: Fr. 2 § 1 de coll. (Illud autem intelligendum est filium in bonis habere, quod deducto aere alieno superest). C. 6 h. tit.

135) Ulp. XXVIII, 4: „moriente patre". C. 6 de coll. C. 2 ut omissam. *a*) Nicht das erst nach dem Tode des Vaters Erworbene: C. 13. 15 de coll. *b*) Das ehemalige castrense peculium des Sohnes hat man dann zu konferiren, wenn man es moriente patre im Vermögen hat: Fr. 1 § 22 de coll. *c*) Die in dem ius postliminii liegende Fiktion wirkt auch hier: Fr. 1 § 17 eod. tit. *d*) Das dem zur Kollation Verpflichteten von einem Dritten für den Zeitpunkt quum pater moriotur zugewendete Legat ist zu konferiren, weil man es moriente patre im Vermögen hat, Fr. 1 § 18 eod. tit.; dagegen das für denselben Zeitpunkt hinterlassene Fideikommiß soll nicht konferirt werden, weil es, gemäß der freieren Natur der Fideikommisse, C. 16 de fideic., gleich dem post mortem patris relictum behandelt wird, Fr. 1 § 19 eod. l. (*Cuiacii* observ. III, 34, Fein p. 54 ff.) *e*) Die bedingte Vertragsforderung hat man, auch wenn in dem entscheidenden Zeitpunkt die Bedingung schwebt, zu konferiren (d. h. die Klage zu

Digitized by Google

des Erblaſſers durch den dolus des Emancipirten nicht mehr in dem Vermögen deſſelben ſich befand[136].

Die Kollation hat nach dem Edikt zu erfolgen durch recte caveri[137], d. i. durch satisdatio[138]. Das Formular dieſer, unter den stipulationes praetoriae verzeichneten[139] stipulatio collationis läßt ſich herſtellen; es lautete etwa:

> Bona, quae moriente patre habuisti[140] dolove malo tuo factum est quominus habueris[141], ex arbitratu boni viri conferri[142] spondes?

Die Ableiſtung dieſer stipulatio cautionalis war nicht als Vor-

---

cediren), denn auch wenn einem Hausſohn in dieſer Art verſprochen wurde, gehört dieſe Klage zum Nachlaß des Vaters (Fr. 78 p. de V. O.); nicht aber in gleichem Falle das bedingte Legat, denn die Klage aus dieſem iſt nicht zum Nachlaß des Vaters gehörig, ſie gehört dem Sohn (Fr. 18 de regulis iuris): Fr. 2 § 3 de collatione. *f*) Was die bedingten Schulden des Konferenten anlangt, ſo hat er dieſe nicht in Abzug zu bringen, weil er das geſchuldete Objekt derzeit in ſeinem Vermögen hat: aber er konferirt nur gegen cautio defensum iri: Fr. 2 § 1 eod. tit.; wenn dagegen in dem Augenblick, wo der Vater ſtirbt, die Zahlungspflicht eintritt, dann erfolgt natürlich ſofortiger Abzug: Fr. 11 p. eod. tit. Fein p. 59 ff.

136) *a*) Der dolus iſt die Abſicht, dem suus heres das Kollationsobjekt zu entziehen. *b*) Nur das gehört hierher, was durch den dolus emancipati aus dem Vermögen herauskam, nicht auch was der Emancipirte in jener Abſicht nicht erwarb: nam hic et sibi insidiatus est. *c*) Alles, was anders als durch jenen dolus emancipati aus dem Vermögen herauskam, iſt überhaupt nicht Kollationsobjekt: Fr. 1 § 23 de coll.

137) Fr. 1 § 9 de coll.

138) So verſtand das die Interpretation urſprünglich ausſchließlich: Fr. 1 § 9 cit. Paul. V, 9, 4.

139) Sie erfolgt ex forma iurisdictionis: Fr. 5 § 1 ut legatorum; ex forma edicti perpetui: C. 9 de coll. (cfr. Fr. 14 qui satisdare. Fr. 52 p. de V. O.) Von Demjenigen, welcher ihre Ableiſtung nach erlangter bonorum possessio verweigert, heißt es formam possessionis conservare noluit: Fr. 8 de coll.

140) Ulp. XXVIII, 4. Fr. 1 § 17—22. Fr. 2 p. de coll. C. 6. 15 eod. tit.

141) Fr. 1 § 23 de collat.

142) Fr. 2 § 2. Fr. 5 § 1 eod. tit. Cfr. Fr. 5 § 1 de dotis collat.

Digitized by Google

bedingung für Gewährung der bonorum possessio im Edikt aufgestellt, sondern als Rechtspflicht Dessen, der die bonorum possessio empfangen hatte [143]. Das ist natürlich; denn für die Ertheilung der bonorum possessio an den emancipatus ist weder die Gegenwart des suus wesentlich, noch ist überhaupt vorauszusehen, ob der letztere die bonorum possessio ebenfalls bitten werde oder nicht.

So weit das Edikt. Die Interpretation erkannte [144] als den der Kollation zu Grunde liegenden, nächsten Gedanken, daß der emancipatus nicht besser gestellt sein dürfe als der suus [145]. Aber damit sich nicht begnügend fügte sie als ein weiteres, für die Entwickelung des Instituts besonders fruchtbares Prinzip den Satz hinzu, daß die Kollation bestimmt sei, eine theilweise Sühne zu bilden für die, dem suus von dem emancipatus durch die bonorum possessio zugefügte iniuria, d. i. für die Schmälerung des civilen Erbrechts durch das prätorische [146]. Zu dieser Auffassung war die Interpretation nicht etwa blos durch die Anschauungen der Zeit berechtiget, welche offenbar dem civile ius gegenüber noch eine gewisse Scheu beobach-

143) *Fr.* 3 *p. de collat.*: Praetor non sub conditione collationis bonorum possessionem contra tabulas promittit, sed demonstrat, quid data bonorum possessione fieri oportet. Ulp. XXVIII, 4 (si parati sunt cavere). Wenn Paulus (V, 9, 4) sagt, die Kaution müsse von den emancipirten Kindern geleistet werden, antequam bonorum possessionem petant, so ist das offenbar nur ein ungenauer Ausdruck. Die Regel ist die im Text angegebene; wenn jedoch sofort bei der Bitte um die bonorum possessio die Kautionspflicht feststeht und die Berechtigten anwesend sind, so macht der Prätor ihre Ableistung zur Verbedingung, in dem Fall der Nichtleistung die bonorum possessio selber verweigernd: Fr. 8 de coll. [Daß dieses Fragment von der Verweigerung der Kaution vor Zutheilung der bonorum possessio rede, nicht nach derselben, dafür spricht einmal die Bezeichnung delata possessio, sodann die Aufwerfung der Frage, ob der Betreffende die bonorum possessio repudiirt habe; denn man kann nur die angebotene bonorum possessio repudiiren, nicht aber von der erworbenen sich frei machen durch Repudiation. Vergl. auch Fein p. 92.]

144) Vergleiche den Aufsatz in dem vierten Band des Jahrbuchs des gemeinen Rechts: „Ueber das Prinzip der prätorischen Kollation."

145) Coll. XVI, 7, 2 (s. Anm. 127). Vergl. Fr. 1 p. de collat.

146) Fr. 10 de collat. Fr. 1 § 13 de coniungendis.

Digitized by Google

tete; sie konnte dieselbe auch in dem Edikt selber mittelbar ausgedrückt finden, weil der Satz, wonach dem emancipatus nicht konferirt wird, in diesem Sinne sich deuten ließ.

Aus diesem Prinzip erklärt sich der, nicht selten als eine Unbegreiflichkeit hingenommene, den emancipatus sehr wesentlich benachtheiligende Grundsatz, wonach die Theilung der zu konferirenden Gegenstände überall, also auch wenn mehrere emancipati neben einander zur Erbfolge kommen, so zu erfolgen hat, wie wären der Verletzte und der einzelne Verletzer die einzigen Erben [147]; der Emancipirte gilt eben als einer, der auf vollkommene Gleichheit keinen Anspruch machen darf, weil er ein Unrecht gut zu machen hat.

Als Ausfluß desselben Prinzips ist ferner der Satz zu betrachten, daß, wenn mehrere sui vorhanden sind, lediglich demjenigen derselben zu konferiren ist, welchem der emancipatus Konkurrenz macht [148].

Eben daraus folgerte man endlich zu Gunsten des emancipatus, daß er dem suus überhaupt nur dann zur Kollation verbunden sei, wenn er durch seine Konkurrenz denselben in seinem civile ius wirklich beeinträchtiget habe [149].

---

147) Fr. 1 § 24. Fr. 2 § 5. 7. Fr. 3 § 2 de collatione.

148) Demgemäß konferirt der emancipirte Enkel zunächst nur seinen, in der Gewalt des Großvaters gebliebenen Geschwistern (Fr. 1 § 2 de dotis collat.); desgleichen nach einer ausdrücklichen, in demselben Sinn erlassenen Bestimmung der nova clausula der emancipirte Sohn nur seinen, in der Gewalt des Großvaters gebliebenen Kindern: Fr. 5 p. si tabulae. Fr. 1 p. § 13 de coniungendis. Fr. 1 § 3. Fr. 3 § 6. Fr. 9 de collatione.

149) Das Prinzip spricht Ulpian als ein wissenschaftliches Ergebniß in Fr. 1 § 5 de collat. folgendermaßen aus: Toties igitur collationi locus est, quoties aliquo incommodo affectus est is, qui in potestate est, interventu emancipati; ceterum si non est, collatio cessabit. *a*) Demgemäß fällt die Kollationspflicht weg, wenn die bonorum possessio des Emanzipirten dem suus heres Nutzen gebracht hat (Fr. 20 p. § 1 de b. p. contra tabulas. Fr. 1 § 4 de collat.). *b*) Eben deshalb fällt sie weg, wenn der Emanzipirte durch die contra tabulas b. p. nicht mehr erhielt, als ihm durch das Testament zugedacht war (Fr. 1 § 6. 7 de collat.). *c*) Endlich liegt auch die Entscheidung von Fr. 1 § 3 eod. tit. [Si ex dodrante fuit institutus filius, qui erat in potestate, extraneus ex quadrante, emancipatum accipientem contra tabulas pro qua-

Digitized by Google

Weiter verstand es sich, seitdem man die contra tabulas bonorum possessio auch anderen, nicht in der Gewalt des Erblassers befindlichen Kindern als den emancipirten einräumte, ziemlich von selber, daß diese Rechtsausdehnung auch die Kollationspflicht zur Begleiterin habe[150]. Steht der Zugelassene seinerseits in der Gewalt eines Anderen, so konnte eine verständige Interpretation unter dem conferre bona sua nicht füglich etwas Anderes verstehen, als die Pflicht des Gewalthabers, so viel zu konferiren, als er bis zur Todeszeit des Erblassers durch den Berufenen erworben und von dem Erwerb noch hat: ein Reskript der Divi Fratres aber erkannte in dieser Beziehung ausdrücklich an, daß die Kollationspflicht dann überhaupt wegfalle, wenn der Gewalthaber freiläßt, damit der Emancipirte für sich selber erwerbe[151].

---

drante tantum bona sua collaturum Iulianus ait, quia solum quadrantem fratri abstulit. Argumentum pro hac sententia affert Pomponius, quod filius emancipatus nepotibus ex se natis solis conferre cogitur] einfach innerhalb dem Bereich des Prinzips, so wie es lautet. Denn wenn dem suus dann nichts zu konferiren ist, wenn ihm der emancipatus nichts von seinem civilen Erbe entzog, so wird es folgerichtig sein, daß der Emancipirte dann, wenn die ihm durch die bonorum possessio zufallende Quote nicht ganz aus dem civilen Erbtheile des suus heres entnommen wird (der civile Erbtheil des suus war in dem vorliegenden Fall drei Viertheil der Erbschaft), auch nur nach Maßgabe der Quote konferirte, die er durch seine bonorum possessio dem suus entzogen hat. [Mit Recht weist daher Bangerow p. 445 alle gesuchten Interpretationen zurück, welche der Stelle eine andere Deutung unterlegen wollen als die durch ihre Worte einfach gegebene und durch den Zusammenhang deshalb geradezu gebotene, weil der Grundsatz von § 5 aus den unmittelbar vorher erörterten Fällen (§ 3. 4) abgeleitet wird. Auch ist diese Entscheidung mit dem Satz der vorhergehenden Anmerkung keineswegs unvereinbar; wer in einer Beziehung hart behandelt wird, wird es deshalb noch nicht in jeder andern.]

150) *a*) Fr. 1 § 14. Fr. 5 p. de collat. Fr. 2 de dotis collat. *b*) Fr. 5 p. cit. Fr. 4 de coniung. Fr. 6 si tabulae. *c*) C. 18 de collat.

151) Die hierher gehörigen Stellen sind Fr. 6 si tabulae (Ulp. lib. 39 ad ed.); Fr. 1 § 14 de collat. (Ulp. lib. 40 ad ed.); Fr. 5 p. de collat. (Ulp. lib. 79 ad ed.); Fr. 4 de coniung. (Mod. lib. 6 Pand.). *a*) Die Kollationspflicht war bei den in adoptiva familia Befindlichen von Anfang an anerkannt (Fr. 1 § 14. Fr. 5 p.: sie wurde zur Zeit der Divi Fratres als gewiß vorausgesetzt).

Digitized by Google

Daß die Kollation nur dann zu gewähren war, wenn beide Theile die bonorum possessio nachgesucht hatten, lag zwar in dem, von dem Edikt gewählten Ausdruck begründet, aber ein innerer Grund bestand dafür keineswegs. Wenn der suus neben dem emancipatus zur Erbfolge kommt, ohne die bonorum possessio ebenfalls gebeten zu haben, so war diese Unterlassung durch Entziehung des Rechts auf Kollation ganz unverhältnismäßig bestraft. Demgemäß benutzte die Interpretation eine, von Divus Pius in Bezug auf die dotis collatio erlassene Entscheidung zu dem Ausspruch, daß jenes Recht von der Bitte um die bonorum possessio unab-

---

b) Seitdem man den Enkel in des Großvaters Gewalt zur bonorum possessio zuließ gegenüber dem Nachlaß seines emancipirten Vaters, ging man natürlich auch in diesem Punkt von dem gleichen Satze aus: und das erkannten die Divi Fratres in einem besonderen Reskript ausdrücklich an (Fr. 5 p. Fr. 6. Fr. 4). *c*) Das Objekt der Kollation wird auch hier gemäß dem Ausdruck des Edikts bezeichnet durch bona sua (Fr. 4. Fr. 5; bona schlechthin hat Fr. 6). Zwar hat man annehmen wollen, das bedeute, der Gewalthaber sei sein ganzes Vermögen einzuwerfen verpflichtet, allein diese, der Gerechtigkeit ebenso sehr wie den Worten der Stipulation (ex arbitratu boni viri conferre) widersprechende, dem praktischen Sinne der Römer fern liegende Interpretation würde in der Regel zur thatsächlichen Vereitelung der Erbberechtigung selber geführt haben. Die Meinung ist offenbar: das, was der Gewalthaber durch den Betreffenden erworben (vergl. Bangerow p. 443). *d*) Das Reskript der Divi Fratres, von dem Fall sub b redend, fügte hinzu: der Gewalthaber ist jedoch dann von der Kollationspflicht frei, wenn er den Delaten emancipirt, damit dieser für sich selbst erwerbe (Fr. 5 p.; Fr. 4 nennt nur den einen kaiserlichen Bruder; Fr. 6 erwähnt überhaupt gar nicht des kaiserlichen Reskripts: aber die nahezu wörtliche Uebereinstimmung mit Fr. 5 p. beweist die Gleichheit der Grundlage. Dabei mag bemerkt werden, daß in dem letzten Fragment der Anschluß an die kaiserlichen Worte bis zu possit venire reicht, nicht blos, wie z. B. die Kriegel'sche Ausgabe annimmt, lediglich bis zu dem vorhergehenden Satz). *e*) Die Interpretation übertrug den letzten Satz auch auf den Fall sub a (Fr. 1 § 14 nennt geradezu das Reskript der Divi Fratres, dagegen Fr. 5 p., genauer redend, sieht darin eine Folgerung aus jenem. Die Voraussetzung von Fr. 1 § 14, daß die Emanzipation sine fraude, und von Fr. 5 p., daß sie sine dolo erfolgt sein müsse, findet ihre Erklärung in den Worten des Reskripts: ut ad emancipatum omne emolumentum bonorum possessionis perveniat).

Digitized by Google

hängig sei [152]. Wer einmal diesen Satz aufstellte, der mußte konsequenter Weise die Kollation auch dann für geboten halten, wenn suus und emancipatus zwei verschiedene bonorum possessiones neben einander erhalten haben [153].

Jene Bestimmung des zu konferirenden Objekts durch den allgemeinen Ausdruck bona sua war zu der Zeit vollkommen angemessen, als umgekehrt der gesammte Erwerb des suus in das Vermögen des paterfamilias fiel und mithin als Theil der paterna hereditas auch dem erbenden emancipatus zu Gute kam. Nachdem jedoch dieser Satz für den Hausſohn anfing verlassen zu werden, konnte sich die Jurisprudenz der Erwägung nicht verschließen, daß im Sinne des Edikts selber eine ähnliche Modifikation des Kollationsobjekts einzutreten habe. Wir finden daher als leitenden Grundsatz ausgesprochen: der im Allgemeinen Kollationspflichtige konferirt alles Dasjenige nicht, was er anderen Erben gegenüber im Voraus haben würde, wäre er Hausſohn des Erblassers gewesen bis zu dessen Tod [154]. Welche diese Gegenstände im Einzelnen seien, ist genau genommen keine Frage der Kollationslehre. Zweierlei

152) Fr. 1 p. de dotis collat. Fr. 10 de collat. (Scaev.) Julian kennt diesen Satz noch nicht: Fr. 1 § 8 de collat. Jahrb. a. a. O. p. 118.

153) Fr. 20 § 1 de b. p. contra tabulas ist keineswegs dagegen, sondern beruft sich lediglich auf die Fassung des Edikts in einem besonderen Fall, wo die Kollation an und für sich in der Billigkeit nicht begründet schien.

154) Fr. 2 § 3 de collat. Fr. 52 § 8 pro socio. Fein p. 61 erklärt sich gegen die gewöhnliche Fassung dieses Satzes: „der emancipatus braucht alles das nicht zu konferiren, worin der suus gleiche Erwerbsfähigkeit mit ihm hat“ und empfiehlt dafür den Ausdruck, „der Emancipirte braucht alle diejenigen Objekte nicht zu konferiren, auf welche seine Miterben, auch wenn er suus wäre, keinen Anspruch machen könnten.“ Sein Rezensent Pfordten (krit. Jahrb. von 1844 p. 874) nimmt wiederum die alte Ausdrucksweise in Schutz. Eine untergeordnete Differenz lediglich formaler Natur. Die römischen Juristen begründen die Ausnahme von der Kollation durch die Worte: quia, etsi in potestate fuisset, ipse haberet actionem (Paulus) und: quia, etsi in potestate maneret, praecipua ea haberet (Papinianus, Ulpianus), endlich sagt Justinian in C. 21 de collationibus: res, quas parentibus acquirendas esse prohibuimus, nec collationi post obitum eorum inter liberos subiaceant.

gehört hierher: einmal derjenige Erwerb, welchen man als Hausſohn nicht für den paterfamilias macht, ſondern für ſich ſelber [155]; ſodann Dasjenige, was der Hausſohn zwar dem Vater erwirbt, was er jedoch bei Beerbung des Vaters ſo voraus erhält, wie wäre es ihm prälegirt [156]. Zu dem Letzteren gehört namentlich die für die Frau des Hausſohns beſtellte dos [157], desgleichen was ihm vom Vater dignitatis nomine gegeben oder verſprochen worden war [158]. In erſter Beziehung macht das castrense peculium in der erſten Kaiſerzeit den Anfang; ihm folgt das quasi castrense peculium [159]. Wie allmälig das adventitium peculium ſich herausbildete und ſeinen Abſchluß in Juſtinian's Beſtimmung fand, wonach aller Erwerb des Hauskindes, welcher weder zum castrense vel quasi castrense noch zum profectitium peculium gehört, in der Art Eigenthum des Kindes ſein ſoll, daß der Nießbrauch davon dem Vater zuſteht [160], darf hier als bekannt vorausgeſetzt werden. Für die Kollation war die Folge davon die Anerkennung des Satzes, daß der Emancipirte im Allgemeinen nur noch zu konferiren hat, was zum profectitium peculium gehören würde, wäre er in der väterlichen Gewalt geblieben; ſo daß bei Juſtinian als Kollationsobjekt bezeichnet wird, was der Emancipirte bei der Emancipation oder nach derſelben vom Vater zum Geſchenk erhält [161]. Nur über

---

155) Vergl. C. 21 de collationibus.

156) Fr. 51 p. familiae erciscundae.

157) Fr. 3 § 4 de collat. hat als Grundſatz: Quare sicut is, qui in potestate est, dotem uxoris praecipit, ita emancipatus quoque quasi praecipiat retinere debet. Vergl. Fr. 1 § 20 eod. tit.

158) Fr. 1 § 16 eod. tit. Cfr. Fr. 20 § 6. 7 familiae ercisc. C. 1 de periculo success.

159) Paul. V, 9, 4. Fragm. de iure fisci § 10. Fr. 1 § 15 de collat. Fr. 52 § 8 pro socio. Fr. 54 ad senatuscons. Trebell. Fr. 4 p. de castr. pecul. C. 21 de collat.

160) C. 6 p. C. 8 p. de bonis, quae liberis.

161) C. 17. C. 21 de collationibus. Das erſte Geſetz, den Namen des Kaiſers Leo an der Stirn tragend, ſagt, nachdem es vorher von der Kollation der dos und der propter nuptias donatio gehandelt, am Schluß: emancipatis

Digitized by Google

einen Punkt läßt sich streiten. Da dem Vater an den Adventitien des Hausſohns der Niesbrauch zuſteht, alſo die Früchte derſelben in der väterlichen Erbſchaft enthalten ſein können: hat deshalb der Emancipirte nicht ebenfalls die Früchte ſolcher Sachen zu konferiren, ſo weit er ſie im entſcheidenden Augenblick noch in Händen hat? Ich bin der Meinung, daß dieſe Frage ebenſowohl nach Maßgabe des Prinzips, wovon ſich die Jurisprudenz in der Kollationslehre leiten ließ (denn die gegentheilige Annahme enthält eine Begünſtigung des Konferenten) als nach dem Stande der Quellen zu bejahen ſei[162].

Der Sinn der stipulatio collationis iſt an ſich klar. Der ihr beigegebene Zuſatz ex arbitratu boni viri verändert natürlich den Charakter der, aus der Stipulation folgenden Klage als einer actio

---

videlicet liberis utriusque sexus pro tenore praecedentium legum quae in ipsa emancipatione a parentibus suis (ut adsolet fieri) consequuntur vel post emancipationem ab iis acquisierint, collaturis. Aber dieſe Beſtimmung rührt erſt von Juſtinian in C. 21 her; daher iſt C. 17 interpolirt. — Darin, daß der emancipatus dieſe väterlichen Geſchenke zu konferiren verbunden iſt, ſcheint eine Zurückſetzung deſſelben und eine Abweichung vom Prinzip deshalb zu liegen, weil die dem suus vom Vater gemachten Schenkungen durch den Tod des Schenkers unwiderruflich werden. [Dieſer Satz iſt durch eine Reihe von Zeugniſſen feſtgeſtellt, vergl. z. B. die Citate bei Vangerow p. 449; von den verſchiedenen Verſuchen, die entgegenſtehende C. 13 h. tit. zu beſeitigen, halte ich die in älterer Zeit von Ranchinus, in neuerer von Pfordten befürwortete Veränderung von nam in nec für den einfachſten und beſten; denn ñ bedeutete bekanntlich beides, nam und nec.] Aber es iſt das deshalb nicht der Fall, weil die dem Hauskind von dem Vater gemachte Schenkung nach der Intention des Schenkers ſelber den Charakter einer mortis causa donatio, die dem Emancipirten gemachte den einer gewöhnlichen Schenkung hat, in jener alſo die Beſtimmung des Vaters zu erkennen iſt, es ſolle dieſer Sohn die geſchenkte Sache bei der Theilung des Nachlaſſes voraus haben. Fein p. 125, Vangerow p. 451.

162) Die meiſten Neueren theilen dieſe Anſicht — ſo Francke, Arndts, Fein — während Vangerow hinwiederum Bedenken äußert. — Juſtinian's C. 21 berührt die Frage nicht, weil ſie ſich überhaupt aller Details enthält; aber die Kollation dieſer Früchte liegt in dem Prinzip der Konſtitution (wenn ſie es auch nur negativ zum Ausdruck bringt ut res, quas parentibus acquirendas esse prohibuimus, nec collationi post obitum eorum inter liberos subiaceant) und hat in den Baſiliken geradezu Anerkennung gefunden (41, 7, 26).

Digitized by Google

strict i iuris nicht; er verordnet lediglich, daß das zu leistende Objekt nach den Grundsätzen der bona fides zu bestimmen sei[163]. Auch nachdem das Kollationsobjekt nicht mehr das ganze Vermögen des Konferenten umfaßte, bedurften die Worte des Stipulationsformulars bona sua keiner Veränderung; denn jener beschränkende Satz der Interpretation, daß der emancipatus nicht konferire, was der suus für sich selber erwerbe, war im Gegentheil ein Ausfluß jener Stipulationsworte: ex arbitratu boni viri conferri. Dieser Zusatz gab auch die Entscheidung für die von der Todeszeit des Erblassers bis zur Zahlung aus der Stipulation mit dem Kollationsobjekt vorgegangenen Veränderungen: denn nach demselben hat der Verpflichtete zwar das zu leisten, was davon durch seinen dolus oder seine culpa, nicht aber was durch Zufall zu Grunde gegangen ist[164]. Endlich hat der Promissor, wie gewöhnlich, zu zahlen nach von

163) Gerade diese Fassung der Stipulation spricht für die, in der vorigen Anmerkung vertretene Ansicht.

164) *Fr.* 2 § 2 *de collat.*: De illis, quae sine culpa filii emancipati post mortem patris perierunt, quaeritur, ad cuius detrimentum ea pertinere debeant. Et plerique putant, ea quae sine dolo et culpa perierint, ad collationis onus non pertinere; et hoc ex illis verbis intelligendum est, quibus praetor viri boni arbitratu iubet conferri bona; vir autem bonus non sit arbitraturus conferendum id, quod nec habet nec dolo nec culpa desiit habere. Fein p. 98 ff., überall von dem Grundsatze geleitet, daß der Emancipirte so zu behandeln sei als ob er noch suus wäre und sich erinnernd, daß die Miterben bei der actio familiae erciscundae nach Analogie der socii beurtheilt, lediglich für levis culpa in concreto einzustehen verbunden sind (Fr. 16 § 4. Fr. 25 § 16, 18 familiae erciscundae), behauptet, daß demnach hier von dem Emanzipirten nur für culpa in concreto gehaftet werde. Obgleich er für diese Ansicht von gewichtiger Seite Zustimmung erhalten hat (Vangerow p. 443), kann ich sie doch nicht für richtig halten. Denn einmal halte ich das ganze Fundament der Deduktion für unstatthaft (vgl. die in Anm. 144 angeführte Abhandlung); sodann handelt es sich hier nicht um die Herbeiholung einer Analogie, sondern um die Auslegung der maßgebenden Stipulationsworte ex arbitratu boni viri, welche diese Auffassung nirgends unterstützen; endlich wissen wir, daß der konferirende Emancipirte nicht etwa günstig wie der socius, sondern wie ein solcher behandelt wird, der ein Unrecht gut zu machen hat: und schon dieser letzte Umstand schließt meines Dafürhaltens die Fein'sche Auslegung aus.

Digitized by Google

Seiten des Stipulator erfolgter Aufforderung; diese aber soll, da ein bonus vir für eine derartige Leistung eine Frist gewähren wird, erst nach einem mäßigen, verhältnismäßigen Zwischenraume erfolgen dürfen [165]. Das Endurtheil aus dieser Stipulation geht nach den Regeln des Formularprozesses natürlich auch hier auf Geld [166].

Das Edikt sprach lediglich von Kollation durch Kaution [167]. Die aufgelegte Pflicht des recte caveri wurde zunächst auf Bestellung von Bürgen bezogen; die Interpretation war jedoch darüber einig, daß auch Pfandbestellung genügen müsse [168]. Wenn nachträglich der bonorum possessor dieser Pflicht des recte caveri nicht nachkommt, so ist denegatio actionum die allgemeine Folge, möge der Grund dieser Nichtleistung in Armuth liegen oder in bösem Willen [169]. Jene Verweigerung der Klagen geschieht zum Vortheil des Kollationsberechtigten [170], an ihn und an ihn allein erfolgt translatio possessionis in der Form der Gewährung der Erbschafts-

163) *Fr.* 5 § 1 *de collat.:* Stipulatio autem collationis tunc committitur, quum interpellatus cum aliquo spatio, quo conferre potuit, non facit, maxime quum boni viri arbitratu collationem fieri edicto praetoris insertum est.

166) *Fr.* 5 § 3 *de collat.:* Et sive quis non conferat ex hac stipulatione sive dolo fecerit quominus conferat, quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnabitur. Aus dieser Stelle läßt sich zugleich schließen, daß das Objekt nicht, wie etwa bei der stipulatio ex operis novi nuntiatione alternativ, sondern einfach auf bona conferri gerichtet war.

167) Fr. 1 § 11 de collatione.

168) Ulpian beruft sich für diese Auslegung auf die Autorität von Pomponius: Fr. 1 § 11 eod. tit.

169) Fr. 1 § 10. 13. Fr. 2 § 8 de collat. Fr. 5 § 1 ut legatorum. Nur insofern macht die Interpretation einen bedeutsamen Unterschied, als, wo bei lediglich theilweiser Nichtleistung der Kaution der Grund im Unvermögen des Verpflichteten liegt, auch nur theilweise Verweigerung der Klagen eintreten soll, während, wo böser Wille das Motiv ist, stets unbedingte und unbegrenzte Verweigerung der Klagen gelten, also Strafe für Unrecht statt haben soll: Fr. 1 § 13. Nachträgliche Ableistung der Kaution bringt regelmäßig die Klagen sogar bei contumacia: Fr. 1 § 10 [hier wird übrigens anstatt Quodsi per contumaciam actiones denegatae sunt zu lesen sein propter contumaciam; in dem kopirten Manuskript stand ppter]. Fr. 8.

170) Fr. 2 § 8. Fr. 3 p. de collatione.

Digitized by Google

klagen auch für diesen Theil [171]. Dabei besteht der Unterschied, daß, wenn lediglich in dem Unvermögen der Grund für jene Unterlassung liegt, die Translation nur gewährt wird gegen die Kaution des suus, daß er restituiren werde, sobald der Kautionspflicht nachträglich Genüge geschieht [172]. Sollte freilich in diesem Fall der suus kautionsunfähig sein, so bleibt nichts übrig, als daß ein Sequester von den Parteien gewählt werde, welcher den betreffenden Erbschaftstheil vorläufig in Besitz und Verwaltung nimmt [173]. Endlich sagte die Jurisprudenz, namentlich nach dem Vorgange von Pomponius, es müsse die Kollation auch in anderer als der ediktmäßigen Form möglich sein, nämlich durch sofortige thatsächliche Leistung der conferenda, also durch Theilung derselben mit dem Kollationsberechtigten: dieses jedoch mit der vernünftigen Beschränkung, daß eine jede Kollationspflicht nur dann hinwegfalle, wenn die Parteien über den Betrag der zu konferirenden Dinge einig sind [174].

Nicht mit derselben Dringlichkeit, wie sie bei der collatio emancipatorum obwaltete, dennoch aber in nahe liegender Weise, trat der Prätor einer zweiten verwandten Frage entgegen. Das Civilrecht selber nämlich (nicht, wie dort, eine Bestimmung des Edikts) führte, wo Haustochter und Hausſohn gemeinschaftlich ihren Vater beerbten, in einem bestimmten Fall zu einer Ungleichheit beider, und zwar, in ziemlichem Widerspruch mit den sonst von demselben befolgten Grundsätzen, gerade zu Ungunsten des letzteren. Während der gesammte Erwerb des Hausſohns in der paterna

171) Fr. 2 § 9 cod. tit.

172) Fr. 5 § 1 ut legatorum. Fr. 2 § 9 de collat. Die letzte Stelle hebt besonders hervor, daß dem armen bonorum possessor für Herbeischaffung der Bürgen eine Frist zu gestatten, die translatio possessionis auch innerhalb dieser für diejenigen Dinge, welche dem Verderben ausgesetzt sind, gegen Kaution zu gewähren sei.

173) Fr. 5 § 1 ut legatorum. Fr. 1 § 10. 13 de collat. Vergl. Muther, Sequestration p. 178. 179.

174) Paul. V, 9, 4. Fr. 1 § 11. 12 de collat.

Digitized by Google

hereditas schlechthin enthalten war, bestand mit dem Tode des Vaters für die verheirathete Tochter die Möglichkeit, diejenige dos, welche ihr, sei es als profectitia oder als adventitia, bestellt worden war, nunmehr für sich einklagen zu können und also dieselbe vor ihren Geschwistern sowohl bei der civilen Notherben- wie bei der civilen Intestaterbfolge voraus zu erhalten. Um dieses Misverhältnis zu beseitigen, verordnete das Edikt in einer eigenen, wahrscheinlich an die, von der collatio emancipatorum handelnde Stelle in kurzem Ausdruck sich anschließenden Klausel, daß der sua, welche durch den Tod des Vaters das ausschließliche Recht auf die Totalklage erhielt, die Pflicht der collatio dotis in ähnlicher Weise obliegen solle, wie dem emancipatus die seines ganzen Vermögens. — Die Interpretation findet auch in diesem Institut die prätorische Absicht, eine iniuria zu beseitigen. Nur hat die letztere hier nothwendig deshalb einen anderen Charakter als bei der collatio emancipatorum, weil es sich nicht um eine, dem heres durch das prätorische Erbrecht, sondern um eine, dem heres durch das civile ius zugefügte, materielle Verletzung handelt[173]. Gerade aber, weil man sich hier auf dem Gebiete des civile ius bewegt, deshalb war auch eine andere Analogie nahe gelegt. Wie der Vater (oder ein Anderer an seiner Stelle) der sich verheirathenden Haustochter die dos, so pflegte derselbe seit alten Zeiten dem herangereiften Hausſohne ein peculium zu überlassen: man konnte daher für die Entwickelung der collatio dotis nicht blos an die collatio emancipatorum als edictsäßiges Muster sich halten, sondern auch auf das Schicksal des in der paterna hereditas vollständig aufgehenden peculium profec-

173) Fr. 3 de dotis collat. (Ulp.). Der Analogie der collatio emancipatorum folgend, könnte man auf den Gedanken gerathen, daß auch die collatio dotis die Bestimmung haben müsse, eine durch das prätorische Recht (also durch die der sua gewährte bonorum possessio) dem heres zugefügte iniuria zu beseitigen. Aber einer solchen Auffassung steht, wenn sie auch mit der bonorum possessio contra tabulas sich vertragen würde, die bonorum possessio Unde liberi entgegen, weil durch die Gewährung dieser an die sua das Intestaterbrecht des suus nicht beeinträchtiget wird.

Digitized by Google

titium des Hausſohns als eine wohl zu beachtende Analogie hinweiſen [176]. Auf dieſer doppelten Baſis ſehen wir das Inſtitut ſich entwickeln.

Zur Kollation verpflichtet iſt die sua [177], und zwar wegen der dos adventitia eben ſo gut, wie wegen der profectitia [178], vorausgeſetzt nur, daß ihr die Rückforderungsklage der dos zuſteht [179]. Sie iſt es nur als Noth- und als Inteſtaterbin des Vaters, nicht aber

176) Das thun die Kaiſer Diokletian und Maximinian in C. 12 de collationibus.

177) Fr. 1 § 2. Fr. 5 p. Fr. 9 de dotis collat. Fr. 23 si quis omissa. Bei der emancipata bedarf es keiner beſonderen collatio dotis, ſie iſt in der collatio bonorum enthalten: Fr. 1 § 2. Fr. 2 de dotis collat.

178) Dafür ſpricht nicht blos die Natur der Sache, insbeſondere die Vergleichung mit dem peculium, wir haben auch ausdrückliche Zeugniſſe: Fr. 1 § 17 de dotis collat. C. 4 de collat. Namentlich die letzte Stelle (Filiae dotem in medium ita demum conferre coguntur, si vel ab intestato succedant vel contra tabulas petant; nec dubium est, profectitiam seu adventitiam dotem a patre datam vel constitutam, fratribus, qui in potestate fuerunt, conferendam esse. His etenim, qui in familia defuncti non sunt, profectitiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit.) ſetzt den Satz des Textes außer Zweifel, trotz ihrer theilweiſe inkorrekten Faſſung. Denn daß die Worte seu adventitiam in den Text gehören, wird durch den, im Schluß ausgeſprochenen Gegenſatz profectitiam tantummodo erwieſen. Dagegen haben die Worte a patre datam vel constitutam mit Recht von jeher Anſtoß erregt (vergl. die Anführungen bei Fein p. 157); denn als ein Prädikat von adventitiam ſind ſie geradezu fehlerhaft, und ſie mit Donellus lediglich auf das entfernte profectitiam zu beziehen, iſt einmal willkürlich und dann insbeſondere noch deshalb unzuläſſig, weil ſich nicht einſehen läßt, weshalb lediglich von der profectitia ſollte geſagt ſein, es ſei einerlei, ob ſie baar ausgezahlt oder auf andere Weiſe beſtellt wurde. Vielleicht ſind jene bedenklichen und abſolut überflüſſigen Worte nichts anderes als ein Gloſſem, welches die Worte profectitiam seu adventitiam ſchulmeiſterlich etwa ſo erklärend a patre datam vel aliunde constitutam in verſtümmelter Weiſe in den Text gerieth. — Ob übrigens eine ſolche dos durch Baarzahlung beſtellt wurde oder durch ein noch nicht erfülltes Verſprechen, iſt, wie ſchon erwähnt, gleichgültig. Iſt das letztere bedingt abgegeben und die Bedingung noch nicht erfüllt, ſo hat die Frau dafür Kaution zu leiſten, daß ſie konferiren werde, ſobald ſie dotirt iſt: Fr. 1 § 1. 7. 8 de dotis collat.

179) Fr. 1 § 1 de dotis collat.

Digitized by Google

wo sie aus dem Testament desselben berufen ist[180]. Sie ist es weiter ursprünglich nur dann, wenn sie die bonorum possessio contra tabulas oder Unde liberi sich erbeten; da jedoch diese, dem Muster der collatio emancipatorum entlehnte Vorschrift hier deshalb handgreiflich unzweckmäßig war, weil die sua regelmäßig auch ohne die genannten bonorum possessiones kraft dem civile ius zur Erbfolge gelangend, nur dann zur bonorum possessio greifen wird, wenn die durch dieselbe gebotenen Vortheile den Nachtheil der collatio dotis überwiegen[181]: so verordnete Divus Pius ganz sachgemäß, daß sie im entsprechenden Fall in ihrer Eigenschaft als heres konferiren müsse, auch ohne die bonorum possessio nachgesucht zu haben. (Wenn Divus Markus beifügte, daß die Abstinenz von der hereditas auch von dieser Pflicht befreie[182], so war das eine ziemlich selbstverständliche Erläuterung.) Endlich führte das oben hervorgehobene Prinzip, wonach die collatio dotis nur dann stattfinden soll, wenn eine Verletzung für den andern Theil vorliegt, zu der Konsequenz, daß die von dem Vater im Testament eingesetzte

180) Fr. 1 § 8. Fr. 3. Fr. 5 p. de dotis collat. C. 4. 5. 8. 14. 16 de collat. Nicht bei der testamentarischen Erbfolge: Fr. 3. Fr. 5 p. cit. C. 7 de collat.

181) Die bonorum possessio contra tabulas brachte der sua ursprünglich den allerdings großen Vortheil, daß sie nirgends auf das civile Akkrescenzrecht beschränkt, dadurch das civiliter gültige Testament beseitigte: diesen Vortheil bringt sie nicht mehr seit Mark Aurel. Ab intestato ist ihr Erbtheil durch die bonorum possessio Unde liberi niemals vergrößert worden. Der zweite, beiden bonorum possessiones gemeinsame, materielle Vortheil besteht darin, daß durch ihre Annahme die sua das Recht sich erwirbt auf die Kollation der etwa miterbenden emancipati. Sie wird also, wo lediglich dieser zweite Nutzen bestand, die bonorum possessio nur dann angenommen haben, wenn der Vortheil aus der collatio emancipatorum den Nachtheil der collatio dotis überwog.

182) Fr. 1 p. Fr. 9 de dotis collat. In Fr. 1 p. beginnt die Angabe Dessen, was Divus Pius reskribirt hat, erst in der zweiten Hälfte; daß schon dieser Kaiser gesagt habe, die Kollationspflicht sei von der Immixtion abhängig, folgt daraus nicht, es ist das eine Bemerkung des Juristen. Fr. 9 zeigt, daß man diese ausdrückliche Anerkennung auf Divus Markus zurückzuführen habe.

Digitized by Google

sua, welche die b. p. contra tabulas commisso per alium edicto oder aus Irrthum statt derselben die b. p. intestati annahm, dann von der Kollation frei sein müsse, wenn sie dadurch nicht mehr erhielt, als ihr im Testament zugewendet war[183]. — Was die kollationsberechtigten Personen anlangt, so konnte, wer an der Analogie der collatio emancipatorum unbedingt fest hielt, lediglich die sui und suae hierherstellen[184]. Dagegen mußte die Zusammenstellung der dos mit dem peculium zur Theilnahme der emancipati führen; denn daß diese als prätorische Erben an dem peculium des Hausfohns participirten, war unzweifelhaft. Daß nun neben der ersten auch diese zweite Ansicht, und zwar schon zur klassischen Zeit, bestand, wird durch das Zeugnis Gordian's außer Zweifel gestellt[185]. Dieser Kaiser selber trifft eine vermittelnde Entscheidung; er bestimmt nämlich, daß dem Emancipirten das Kollationsrecht zwar an der profectitia, nicht aber an der adventitia dos zustehen solle[186]. Die angeführten Berechtigten theilen die zu konferirende

183) Fr. 3. Fr. 5 de dotis collat.

184) Ihre Kollationsberechtigung war immer zweifellos; für die der sui: C. 3. 4. 5 de collat.; für die der suae: Fr. 1 § 3. 4 de dotis collat. Aus der letzten Stelle ergibt sich insbesondere, daß die detirten suae einander gegenseitig konferiren: und es ist das vollkommen konsequent.

185) C. 4 de collat. (s. Anm. 178). Ein solches direktes Zeugnis kann man nur dann in Zweifel ziehen, wenn man direkte Gegenbeweise hat. Dergleichen gibt es nicht; denn wenn man sich (Fein § 34) zu diesem Behuf auf Fr. 5 de dotis collat. und Fr. 23 si quis omissa berufen will, weil da gelegentlich **blos von der Kollation an die Kinder in der Gewalt die Rede ist, so muß ein solches argumentum a contrario gegenüber dem direkten Ausspruch des Kaisers um so mehr verworfen werden, als sich ganz füglich Veranlassungen für diese Exklusivität des Besprechens denken lassen. Mit gleichem Recht ließe sich aus C. 12 folgern, daß sogar noch zu Diokletian's Zeiten die collatio dotis ausschließlich an die sui heredes erfolgt sei; denn auch hier wird das Moment der Hausangehörigkeit des Kollationsberechtigten wiederholt und zwar ganz besonders stark betont.**

186) Vielleicht liegt auch für diese Unterscheidung der Grund in der Analogie des peculium. Denn schon hatten zu Gordian's Zeiten die Anfänge des adventitium p. begonnen. Zwar die volle Konsequenz, daß bei Beerbung des

dos nach den bei der collatio emancipatorum geltenden Grundsätzen[187]. Die Form der Kollation war natürlich auch hier im Allgemeinen dieselbe wie in dem Hauptfall. Sie hatte ediktmäßig durch recte cavere zu erfolgen und es bot das Edikt für die hier übliche Stipulation ebenfalls ein Muster[188]. Bestand zur Zeit des Abschlusses jener die Ehe noch, so war offenbar auch nur bedingt zu versprechen[189]. Natürlich hielt die Jurisprudenz auch Realkollation für zulässig[190] und hatte endlich bei verweigerter Kollation auch hier denegatio actionum einzutreten[191].

So viel von der Kollation[192]. Gehen wir nun über zu dem,

Vaters die dos adventitia der Kollation überhaupt zu entziehen sei, wurde erst in viel späterer Zeit bei voller Entwickelung des adventitium p. gezogen. Aber schon damals mochte der Gedanke sich regen, daß, wo die Kollationsberechtigung des emancipatus zum ersten Mal gesetzliche Anerkennung fand, bei ihm wenigstens eine solche Beschränkung am Platz sei.

187) Fr. 1 § 24 de collat. Fr. 1 § 2. 3. 4 de dotis collat.

188) Fr. 1 § 7 de dotis coll. Fr. 20 p. fam. ercisc. Auch in dieser Stipulation wurde das Objekt nach der Todeszeit des Erblassers bestimmt: C. 12 de collat.; auch hier finden wir die Worte arbitratu boni viri mit der daraus sich ergebenden Auslegung: Fr. 1 § 5. 6. Fr. 5 § 1 de dotis collat.

189) Dieser natürliche Satz erhält seine Bestätigung durch Fr. 20 p. fam. ercisc.; denn daraus ergibt sich, daß, wenn constante matrimonio zu konferiren ist, die Stipulation auf das gestellt wird quod a marito recuperatura est. [Die daselbst besprochene stipulatio collationis wird von Ulpian allerdings getadelt, aber nicht wegen des hier entscheidenden Punktes, sondern deshalb, weil das Versprechen lediglich auf den einen Fall verstellt war, wenn sie in eigener Person die dos zurückerhalten würde, nicht auch auf den anderen, wo, weil die Ehe durch ihren Tod sich löst, die dos an ihre Erben fällt.] Mit Recht folgert Fein p. 179 aus dieser Stelle die Unhaltbarkeit der Ansicht, wonach, wenn zur Zeit der Kollationspflicht die Ehe noch besteht, die Frau zu sofortiger unbedingter Kollation verpflichtet sein soll.

190) C. 2. 5 de collat. Fr. 1 § 8. Fr. 9 de dotis collat.

191) C. 8. 13. 14. 16 de collat. Fr. 1 p. de dotis collat.

192) Was die späteren, hier nicht ausführlich zu entwickelnden Schicksale dieses Instituts anlangt, so ist man über die Stellung der collatio dotis im Ganzen einig. Weil seit Kaiser Leo jeder Descendent, welcher irgend einen Ascendenten entweder ab intestato oder gegen das Testament beerbt, die von dem Erblasser ihm gewährte dos oder propter nuptias donatio einwerfen muß, deshalb ist

der hier fraglichen bonorum possessio allein angehörigen edictum de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita.

Als der Prätor die Emancipirten zur bonorum possessio contra tabulas berief, war demſelben ſofort die Frage nahe gelegt: wie ſoll es mit den, in dem väterlichen Teſtament angeordneten Legaten gehalten werden? Folgte man der Analogie, welche das civile ius bei Präterition eines suus filius darbot, ſo war gar keines, nahm man ſich dagegen die civile Stellung der sua zum Muſter, ſo waren alle Legate von dem emancipatus zu entrichten. Der Prätor ſchloß ſich an keines dieſer beiden Vorbilder vollſtändig an, ſondern verordnete, einen Mittelweg einſchlagend, daß nur ganz beſtimmte Legate aufrecht zu erhalten ſeien. Der ihn dabei leitende Grundgedanke iſt etwa folgender. Die contra tabulas bonorum possessio hat den Zweck, das natürliche Recht eines, dem Teſtator von der Natur am nächſten Geſtellten wider den Willen jenes zur Geltung zu bringen: aber es ſoll das nicht auf Koſten ſolcher, dem Erblaſſer ebenfalls nahe ſtehenden Perſonen geſchehen, welche derſelbe im Teſtament ausdrücklich durch Legate honorirt hat. In einer eigenen Klauſel des Edikts[193] wurde nämlich vorgeſchrieben, was Ulpian offenbar nach dem Muſter des zu ſeiner Zeit gültigen Edikts ſo darſtellt[194]:

Hic titulus aequitatem quandam habet naturalem et ad

die der sua obliegende collatio dotis zu einem ſpeziellen Fall einer allgemeinen Regel herabgeſunken. Was dagegen die collatio emancipatorum betrifft, ſo ſteht feſt, daß dieſelbe durch kein Geſetz ausdrücklich beſeitigt worden ſei. Wider die Annahme einer ſtillſchweigenden Beſeitigung durch das Prinzip der Nov. 118 vergleiche den angeführten Aufſatz des Jahrbuchs.

193) Fr. 1 p. de legatis praest. Fr. 2 de coniung. Die bedeutenden Schwierigkeiten dieſes Edikts haben ihren Grund viel weniger in der nicht vollkommen ſorgfältigen Redaktion deſſelben (obgleich auch dieſe ausdrücklich hervorgehoben wird: Fr. 6) als in den, auf dem Wege der Interpretation erfolgenden, bedeutſamen Weiterbildungen, wobei ſich von verſchiedenen Standpunkten aus verſchieden argumentiren ließ.

194) Fr. 1 p. h. tit. (Ulp. lib. 40 ad edictum).

Digitized by Google

aliquid novam, ut qui iudicium patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis legata et fideicommissa praestarent, hoc est liberis et parentibus, uxori nuruique dotis nomine legatum.

Welche Personen zur Auszahlung dieser Legate verpflichtet sind, ist vollständig durch die Worte ausgesprochen qui iudicium patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem; es sind das Diejenigen, welche erst durch die genannte bonorum possessio die Befugnis erhalten haben, das an und für sich gültige Testament außer Wirksamkeit zu setzen [195]. Das paßt vor allen ganz und voll auf Diejenigen, welche der Prätor offenbar vorzugsweise dabei im Auge hatte, auf die emancipati [196]. Ferner folgt aus diesen

195) Das verstehen jedoch die römischen Juristen nicht blos formell, sondern auch materiell: wenn der secundum tabulas bonorum possessor, nachdem der Grund für die erbetene bonorum possessio weggefallen, so aufrecht erhalten wird, wie hätte er die contra tabulas erhalten, so unterliegt er auch dem edictum de legatis praestandis: Fr. 5 de bon. poss. secundum tabulas. [Die verschiedenen kritischen Schwierigkeiten dieser Stelle sind nicht von Einfluß auf die vorliegende Frage.] Der Begriff dieser Rescission selbst besteht nicht darin, daß der Antritt der Erbschaft auf Grund des Testaments thatsächlich erfolgt sein müsse; es genügt vielmehr die Möglichkeit dieses Antritts, dessen praktische Wirksamkeit durch die Annahme der contra tabulas b. p. beseitiget worden ist: Fr. 20 § 2 de b. p. contra tabulas. *Fr.* 3 § 7. *Fr.* 4 *de legatis praest.:* Ea autem legata sola praestant, qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt, quae utiliter data sunt, [so interpungirt richtig Bluntschli, während unsere Ausgaben theils einen Punkt, theils ein Kolon statt des Komma zu setzen pflegen und dadurch die Stelle unverständlich machen] verum ideirco non debentur, quod filius contra tabulas bonorum possessionem accipit [Fr. 4], quum propter hoc plerumque scripti heredes omittant hereditatem, quum scirent, emancipatum aut petiisse aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem. Weil diese Möglichkeit des Antritts die Voraussetzung bildet, deshalb tritt das edictum de legatis praestandis dann nicht in Wirksamkeit, wenn beim Tode des Erblassers keiner der eingesetzten Erben noch am Leben ist: Fr. 10 § 2 de legatis praest.

196) Fr. 6 de legatis praest. [— — saepe animadverti, hanc partem edicti, qua emancipatus accepta contra tabulas bonorum possessione liberis et parentibus legata praestare iubetur — —.]

Digitized by Google

Worten, daß der filius suus, ingleichen die Postumen durch das hier in Frage stehende Edikt der Regel nach nicht verpflichtet werden; denn da sie, wenn im Testament übergangen, nach den Satzungen des civile ius ab intestato Erben werden, so rescindiren sie nicht erst durch die contra tabulas b. p. das Testament, zahlen also trotz der erbetenen bonorum possessio gar keine Legate[197]. Ebenso klar ist, daß die präterirten filiae suae und nepotes sui dem Edikt anfangs unterlagen; denn erst durch die b. p. contra tabulas rescindirten sie das civiliter gültige Testament. Das hob zwar Mark Aurel zu Ungunsten der Frauen (nicht auch der Enkel) auf, indem er ihnen, sie wiederum nach der Regel des civile ius lediglich behandelnd, die Pflicht, alle Legate zu zahlen, abermals injungirte[198]. Aber wiederum Justinian änderte schlechthin zu Gunsten der Frauen und der Enkel. Da nämlich nach seiner Vorschrift die Präterition der filia sua und der nepotes sui Nichtigkeit des Testaments zur Folge hat, gleich der Präterition des suus filius; so sind sie damit von selber der Sphäre des edictum de legatis praestandis entrückt; dagegen stellt er die filiae emancipatae wieder unter

197) Fr. 15 p. de legatis praest. (Paul.). Fr. 16 eod. (Ulp.). Fr. 17 de iniusto (Pap.). In denjenigen Fällen dagegen, wo ausnahmsweise auch für den suus heres die contra tabulas bonorum possessio das Mittel ist, durch welches er das Testament rescindirt, haftet er folgerichtig auch für die legata ad exceptas personas. Eine ausdrückliche Bezeugung haben wir in Fr. 5 p. de leg. praest. für den Fall, wo der suus institutus die bonorum possessio commisso per alium edicto erhielt; denn wenn gleich hier zunächst nur von der Pflicht des Pupillarsubstituten die Rede ist, so wird doch so unterschieden: von den, dem Pupillus aufgelegten Legaten hat jener als successor des Pupillen nur die ad exceptas personas zu leisten; die ihm selber aufgelegten zahlt er dagegen ganz. — Als die nova clausula Juliani die nepotes sui wiederum neben ihrem emancipirten Vater berief, sprach sie sich über die Legatspflicht jener nicht besonders aus, aber die Jurisprudenz betrachtete als die wahrscheinliche Absicht des Edikts, daß diese Enkel dem edictum de legatis praestandis mindestens ebenso gut unterworfen sein müßten als ihr Vater: Fr. 2 de coniungendis.

198) C. 4 p. de liberis praeteritis (et omnibus legata praestare compellebatur).

Digitized by Google

das Edikt, denn er stellt sie den filii emancipati gleich[199]. Endlich knüpft sich an die Verschiedenheit der Stellung des filius suus und des filius emancipatus zu diesem Edikt eine Kontroverse der römischen Juristen. Wenn neben dem präterirten suus filius ein emancipatus die contra tabulas b. p. erhält, hat nicht wenigstens dieser die den exceptae personae zugedachten Legate zu bezahlen? Ulpian, von der c. t. b. p. commisso per alium edicto redend, bejaht die Frage[200]; dagegen führt Paulus, von dem emancipatus praeteritus handelnd, eine Meinung an, welche die Frage verneint[201]. Die Verschiedenheit beider Entscheidungen kann nicht füglich durch die Verschiedenheit der behandelten konkreten Fälle hervorgerufen sein[202]; vielmehr ist der Zweifelsgrund in beiden der

199) C. 4 cit.

200) *Fr.* 16 *de legatis praest. (Ulp. lib.* 4 *disput.):* Si duo proponantur esse, unus in potestate praeteritus, alius emancipatus institutus, apparet, commissum esse edictum per eum, qui in potestate est; et si ambo petiissent contra tabulas bonorum possessionem, is quidem, qui in potestate mansit, quum rem ab intestato habeat, non praestabit liberis et parentibus legata; emancipatus vero numquid nec ipse praestat, quia ei rem auferret, qui praestiturus non erat, si solus esset? Sed verius est, vel hunc saltem debere liberis et parentibus praestare legata. —

201) Fr. 15 p. cod. tit. (Paul. lib. 41 ad edictum). Ob Paulus selber sich dieser Verneinung hier anschließe, ist bestritten, aber zu läugnen. Denn daß die hierher gehörigen Worte [Unde si duo praeteriti sunt, emancipatus et is, qui in potestate est, quidam nec emancipatum praestare debere legata existimant, quia effectu fratris auferet partem dimidiam, quum, etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset] lediglich als ein parenthetischer Zwischensatz zu fassen seien, dafür spricht die Wendung Quid ergo est, ubi praeteritus sit suus? durch welche in gewöhnlicher Art nach einer Abschweifung auf die Hauptfrage der Stelle, nämlich auf die Pflicht des suus den Legataren gegenüber, zurückgegangen wird, ohne daß die in dem Zwischensatz referirte Ansicht einer Kritik unterworfen wird. (Vergl. die bei Hingst p. 204 Angeführten.) — Daß Papinian dieser Ansicht gehuldigt habe, geht aus Fr. 17 de inoffic. ebenfalls nicht mit Sicherheit hervor.

202) Manche, z. B. Mühlenbruch p. 28 ff., nehmen das an; aber auch abgesehen von dem, im Text angeführten sachlichen Grunde, zeigen die in beiden **Stellen gebrauchten Wendungen (verius est — quidam existimant), daß es sich in beiden um bestrittene Fragen handele.**

Digitized by Google

gleiche. Da nämlich hier wie dort der emancipatus das Teſtament nicht erſt durch ſeine bonorum possessio reſcindirt, weil es wegen der Präterition des suus filius civiliter nichtig iſt, er alſo lediglich das civile Recht des suus ſchmälert, nicht aber das civile Recht der Legatare: ſo ließ ſich mit formeller Konſequenz behaupten, daß er demgemäß von der Pflicht der Legatenzahlung frei ſein müſſe[203]. Dem aber konnte entgegnet werden, es ſei das edictum de legatis praestandis das allgemeine Maß, unter welchem dem emancipatus die Theilnahme am Erbrecht überhaupt geſtattet werde, es habe jenes Edikt kaum einen geringeren Grad von Billigkeit für ſich, als die contra tabulas bonorum possessio ſelber: und es begreift ſich, daß dieſe Auffaſſung das Uebergewicht ſich erwarb.

Dieſe, dem edictum de legatis praestandis unterliegenden bonorum possessores leiſten insgeſammt die aufrecht zu erhaltenden Legate ein jeder nach ſeiner vom Prätor ihm zugetheilten Quote[204]. Eine Regel, welche insbeſondere auch dann anerkannt wird, wenn unter den mehreren contra tabulas bonorum possessores ſich ſolche befinden, welche, zu Erben eingeſetzt, für ihre Perſonen mit beſtimmten Legaten ausſchließlich belaſtet waren[205]: offenbar mit Recht, denn der Verpflichtungsgrund iſt nicht das Teſtament (die von dem Prätor zur Zahlung angehaltenen Perſonen ſind in der Regel durch das Teſtament gar nicht belaſtet), ſondern das edictum de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita: die Regeln dieſes alſo ſind allein zu befolgen[206]. Nur eine verſtändige

203) Von den Neueren ſtellen ſich die meiſten gerade für das juſtinianiſche Recht auf dieſen Standpunkt, ſo Förſter, Francke, Mühlenbruch; auf der anderen Seite ſtehen z. B. Bluntſchli, Uhrig, Hingſt.

204) Demgemäß fällt derjenige Theil des Legats, welcher von einem, der Legatszahlung nicht unterliegenden suus heres zu entrichten wäre, aus: Fr. 20 § 2 de bonorum possessione contra tabulas.

205) Fr. 14 § 1 de legatis praestandis.

206) Dem entſprechend wird, wenn der Legatar unter der Bedingung bedacht iſt, daß er dem institutus heres oder einem Dritten eine vermögentliche Leiſtung mache, die Bedingung auf die Perſon des contra tabulas bonorum possessor transferirt: Fr. 15 § 4 h. tit. [In dieſer Stelle iſt, wie auch durch Bas. 39, 1,

Digitized by Google

Ausnahme finden wir von Afrikanus befürwortet: wenn nämlich eine, zur Bitte um die contra tabulas bonorum possessio berechtigte Person statt derselben mit dem ihr zugewendeten Legate sich begnügt, so sollen mit der Bezahlung desselben ausschließlich Diejenigen belastet sein, deren Erbportionen durch Unterlassung jener Bitte ausschließlich sich vergrößert haben [207].

Die Personen, welchen die Legate als Ausnahmen von der allgemeinen Regel der Ungültigkeit kraft des Edikts zu erhalten sind, werden von den Juristen als exceptae personae bezeichnet [208]. Ueber die Zahl der formell berechtigten Notherben weit hinausgehend [209], bilden sie in der Hauptsache einen ähnlichen, auf den natürlichen Banden des Blutes ruhenden Kreis, wie wir ihn für die

31 und 44, 3, 3 bestätiget wird, Titius ein beliebiger Dritter.] Aehnliche Translationen mit theilweise verschiedener Behandlung: Fr. 4 § 6 de fideic. libert. Fr. 4 p. de condit.

207) Von diesem Prinzip geht die Entscheidung in Fr. 18. 19 de legat. praest. aus. Ein filius suus, desgleichen ein, in der Gewalt des Erblassers befindlicher, von einem emancipirten Sohne herrührender Enkel sind zu Erben eingesetzt und der letztere ist überdies mit einem Legat bedacht, während der emancipirte Sohn präterirt ist. Dieser und der filius suus nehmen die contra tabulas b. p., dagegen begnügt sich der Enkel mit dem Legat. Für diesen Fall ging die Meinung der Einen dahin, daß der filius suus allein das Legat zu zahlen habe, weil derselbe durch die contra tabulas b. p. des emancipatus keinen Verlust erleide, der letztere aber lediglich den Erbtheil des nepos, auf den kein Legat hafte, erhalte. Diesem Argument (welches mit den Prinzipien von 14, 1 nicht im Einklang steht) tritt der Jurist mit der Entscheidung des Textes entgegen: daraus, daß der Enkel die contra tabulas b. p. nicht nahm, hat lediglich sein Vater einen Vortheil, daher zahlt auch nur dieser das dem Enkel zugedachte Legat (vergl. Francke p. 152, der von Uhrig p. 29 ff. mit Unrecht der Unklarheit beschuldiget wird). Dasselbe muß gelten, wenn aus einem der mehreren, zur contra tabulas b. p. berufenen Stämme einer der mehreren berufenen Enkel mit einem Legat sich begnügt.

208) Exceptae personae: Fr. 5 § 8. Fr. 15 § 4. Fr. 20 p. Fr. 21 de legat. praest. Fr. 2 de coniung.; excepti: Fr. 3 p. eod. tit. Alle anderen Bedachten heißen im Gegensatz dazu extranei oder exteri (nicht blos im Gegensatz zu den Kindern, sondern auch im Gegensatz zu den Eltern): Fr. 3 § 4. 5. 6. Fr. 5 p. § 8. Fr. 6.

209) Ueberschreitet doch auch die Zahl der, zur contra tabulas bonorum possessio Berufenen den Kreis der formell Berechtigten.

Digitized by Google

Pflichttheilsberechtigten sich entwickeln sehen[210]. Das Edikt nannte nämlich zuvörderst die Kinder und die Eltern[211] und hatte dabei gemäß seinem allgemeinen Geist die natürliche Familie im Sinne, also Diejenigen, welche entweder Descendenten oder Ascendenten des Erblassers in dem entscheidenden Augenblick der cessio dici legati sind[212], gleichgültig, ob durch Männer oder durch Frauen verbunden[213], ob in eigener oder in Folge von Adoption in fremder Familie stehend[214], gleichgültig endlich, ob sie die dem Grade nach nächsten sind oder nicht[215]. Als diesen Personen zu belassen bezeichnete das Edikt ausdrücklich die legata und die fideicommissa überhaupt[216]. Im Sinne und Geiste desselben erklärte die Interpretation, daß nur diejenigen Vermächtnisse hierher gehören, durch deren Zuwendung

210) Die Hauptunterschiede sind: *a*) zum Recht auf den Pflichttheil wurden auch Geschwister zugelassen, *b*) die Ehefrau hat ein, wenn auch sehr beschränktes Recht aus dem edictum de legatis praestandis. *c*) das Pflichttheilsrecht ist von dem Intestaterbrecht abhängig.

211) Fr. 1 p. de legatis praest. Da hier ein klarer Ausspruch der Rechtsquelle vorlag, so entstand darüber, ob auch die Geschwister zuzulassen seien, niemals ein Streit: Fr. 3 § 3.

212) Fr. 1 § 1 de leg. praest. *Fr.* 24 *eod. tit. (Tryph.):* Intervenit illa quaestio, quando numero liberorum esse debeant is, cui legatum est, ut id ferre possit a filio contra tabulas bonorum possessionem accipiente? Et placet sufficere in ea necessitudine tunc esse, quando dies legati cedit. Daraus folgt, daß vom Erblasser wiederum emancipirte Adoptivkinder keinen Anspruch haben: Fr. 1 § 2.

213) Fr. 1 § 1 de legat. praest.

214) *Fr.* 1 § 2 *de legat. praest.:* Liberos autem etiam eos ad legatorum petitionem admittimus, qui in adoptionem dati sunt, vel etiam adoptivi, dummodo maneant liberi. Demgemäß gehören auch die, von dem in Adoption gegebenen Sohn in fremder Familie erzeugten Enkel hierher: Fr. 25 § 1.

215) Fr. 1 § 1. Fr. 25 § 2 de legatis praest. Demnach ist aus dem Edikt berechtigt auch wer nicht Intestaterbe sein würde; so des Erblassers Enkel bei Lebzeiten seines Vaters, der Ascendent des Erblassers bei Lebzeiten der Kinder des letzteren u. s. w.

216) Fr. 1 § 1 de legat. praest. Daraus, daß auch die Fideikommisse genannt sind, folgt natürlich nicht, daß dieses Edikt erst nach der Bestätigung dieser entstanden sei; das prätorische Edikt hat bekanntlich im Laufe der Zeit gar viele Modifikationen erfahren.

Digitized by Google

ein solches Familienglied einmal in seiner Person geehrt[217] und zweitens auch materiell bedacht worden ist[218]. Insbesondere für die zur contra tabulas bonorum possessio Berechtigten hatte das Edikt ausdrücklich ausgesprochen, daß sie durch Annahme jener bonorum possessio des Anspruchs aus dem edictum de legatis praestandis verlustig gehen[219].

Diesem Hauptfall fügte das Edikt einen zweiten, durchaus nebensächlichen hinzu, und zwar von verschiedenem Charakter, denn es ist ein legatum debiti. Wenn nämlich der Mann seiner Ehefrau oder der Schwiegervater seiner Schwiegertochter die dos ver-

217) *Fr.* 3 § 2 *de legat. praest.:* Hoc autem solum debetur, quod ipsis parentibus relictum est et liberis; ceterum si servo eorum fuerit adscriptum vel subiectae iuri eorum personae, non debetur; nec enim quaerimus, cui acquiratur, sed cui honor habitus sit. Das wird so konsequent festgehalten, daß wenn eine Sache einer extranea und einer excepta persona coniunctim vermacht worden ist, der der ersten zugewendete Theil der andern im Sinne des Edikts niemals abtreten kann: Fr. 3 § 3.

218) *Fr.* 3 § 4: Item si quis ex his personis rogatus sit restituere extero quod sibi relictum est, dicendum, non esse legatum praestandum, quia emolumentum ad eum non respicit. Demnach wird, wenn der mit einem Legat bedachten excepta persona das Fideikommiß aufgelegt ist, die Sache einem Dritten herauszugeben, nicht etwa blos das Fideikommiß gestrichen, sondern das Legat auch. Umgekehrt, wenn das Legat einem Dritten zugewendet ist mit der Auflage, die Sache einer excepta persona herauszugeben, so ist dieses Fideikommiß aufrecht zu erhalten (und zwar offenbar in der Art, daß der excepta persona die Klage unmittelbar gegen den bonorum possessor gegeben wird): Fr. 3 § 5. 6.

219) *Fr.* 5 § 2: Omnibus autem liberis praestare legata praetor voluit, exceptis his liberis, quibus bonorum possessionem dedit ex causis supra scriptis; nam si dedit bonorum possessionem, non putat legatorum eos persecutionem habere. Constituere igitur apud se debet, utrum contra tabulas bonorum possessionem petat, an vero legatum persequatur. Si elegerit contra tabulas, non habebit legatum, si legatum elegerit, eo iure utimur, ne petat bonorum possessionem contra tabulas. Dieser Satz reicht so weit, als die Ausdehnung des edictum de legatis praestandis: Fr. 18 § 1 de b. p. contra tabulas. Fr. 22 de legatis praestandis. Andererseits wird er von der Interpretation dahin gemildert, daß, wenn sich nachträglich herausstellt, es sei die excepta persona zu der erhaltenen bonorum possessio gar nicht berechtiget gewesen, jene nunmehr doch noch zur Forderung der Legate zugelassen wird: Fr. 5 § 3.

Digitized by Google

macht[220], so soll auch dieses Vermächtnis aufrecht erhalten werden. Voraussetzung ist, daß die Bedachte im Zeitpunkte der cessio diei Ehefrau sei und ihr die dos in der That geschuldet werde[221]. An dem Charakter des debitum legatum hielt die Interpretation überhaupt fest: hat die Frau keine dos erhalten, so nützt ihr die im Testament gewählte Bezeichnung als legatum dotis nichts[222]; zwar eine andere Sache als die in dotem gegebene kann ihr pro dote legirt werden, sodaß auch dieses Legat unter das Edikt fällt[223], nie aber mehr als die dos selber[224].

In natürlicher Weise erklärte die Jurisprudenz, daß von den diesen Personen zugedachten nur die utiliter data legata aufrecht zu erhalten seien, d. i. die von Anfang an gültig errichteten[225]. Weil

220) Fr. 1 p. Fr. 8 § 4 de legat. praest. Bluntschli p. 96 nimmt mit Recht an, daß der Prätor dabei lediglich an die in freier Ehe lebende Frau denke; denn die uxor in manu ist filiae loco, also in den liberi von selbst mitinbegriffen. — Daß diese legirte dos als das Legat eines aes alienum zu betrachten sei, wird noch besonders hervorgehoben: Fr. 8 § 5 de legat. praest., vergl. Fr. 85 ad legem falcidiam.

221) Das ist regelmäßig erst der Fall nach Trennung der Ehe; wo dagegen die dos ausnahmsweise auch während der Ehe gefordert werden kann (vergl. Fr. 22 § 8. Fr. 24 p. sol. matrim.), da hat auch die Legatsklage bei bestehender Ehe statt: Fr. 10 § 1 de leg. praest.

222) Fr. 15 § 3 de leg. praest.

223) Fr. 8 § 6 eod. tit. Hier ist gesagt, daß es in einem solchen Falle stets des Zusatzes pro dote bedürfe; natürlich, denn sonst wäre es nicht ein legatum dotis, sondern ein gewöhnliches Legat. Uhrig p. 40 schließt aus dieser Stelle, daß der Zusatz pro dote in jedem Fall gefordert werde; aber das wäre einmal eine ganz nutzlose Beschränkung (man denke nur an den fundus dotalis), sodann eine irrige Bezeichnung; denn pro dote heißt „anstatt der dos".

224) Also nichts praeter dotem; das Mehr fällt nicht unter das edictum de legatis praest.: *Fr.* 8 § 3: Si quid uxori nurnique fuerit legatum praeter dotem, accepta contra tabulas bonorum possessione non praestabitur. Wenn daher Paulus in Fr. 9 sagt: Sed et si plus sit in legato quam in dote, dabitur illis actio, so kann das nur heißen: der auf den Betrag der dos reducirten Klage thut das keinen Eintrag. (So richtig z. B. Uhrig p. 59; Francke p. 159 findet darin, es solle bei dem legatum pro dote der Testator an einem zu hohen Taxat nicht gehindert werden: aber wo bleibt da das Maß?)

225) *Fr.* 3 § 7: Ea autem legata sola praestant qui contra tabulas bo-

Digitized by Google

ferner schon nach der Titelrubrik das edictum de legatis praestandis in Wirksamkeit zu treten hat contra tabulas bonorum possessione petita, deshalb ist zu dieser Wirksamkeit erforderlich, daß von den im Testament eingesetzten Erben beim Tode des Erblassers mindestens einer am Leben sei; denn im entgegengesetzten Fall ist nicht die contra tabulas sondern die intestati bonorum possessio begründet[226]. Andererseits aber folgt eben daraus, daß der Erbschaftsantritt dieser eingesetzten Erben nicht gefordert werde[227]; denn die contra tabulas bonorum possessio ist statthaft ohne jenen Antritt und die Grundlage dieser Legatenzahlung ist nicht etwa in der Willkür der instituti heredes zu suchen[228], sondern in der Vorschrift des Edikts. Hat endlich das Testament mehrere Grade, so ist auch in Beziehung auf die Legatenzahlung jeder einzelne Grad wie ein besonderes Testament zu behandeln und es sind demgemäß die betreffenden Legate desjenigen Grades zu zahlen, gegen welchen die bonorum possessio gebeten wird. Diese Regel sprechen die römischen Juristen geradezu aus[229] und führen sie

norum possessionem accipiunt, quae utiliter data sunt, verum [die Kriegel'sche Ausgabe interpungirt unrichtig sunt; verum] ideirco non debentur, quod filius contra tabulas bonorum possessionem accipit. Daß diese Worte den im Text angegebenen Sinn haben, dafür ist das sich unmittelbar anschließende Fr. 4 entscheidend.

226) Fr. 10 § 2 de leg. praest.

227) Fr. 20 § 2 de b. p. contra tabulas. Fr. 3 § 7. Fr. 4. Fr. 11 de legatis praest. [Mühlenbruch p. 296 läugnet freilich diesen vollkommen zweifellosen Satz; einmal weil er Fr. 20 § 2 gar nicht berücksichtiget, sodann weil er die, mindestens für das justinianische Recht feststehende Verbindung von Fr. 4 mit Fr. 3 § 7 willkürlich in Abrede stellt.]

228) Fr. 4 cit. sagt in diesem Zusammenhang: quum propter hoc plerumque scripti heredes omittant hereditatem, quum scirent, emancipatum aut petiisse aut petiturum contra tabulas bonorum possessionem.

229) *Fr.* 10 § 2 *de legatis praestandis:* Non omnia, quae ab omnibus gradibus relicta sunt, legata praestare eum oportet, qui contra tabulas petit, sed ea sola, quae in eo gradu data sunt, contra quem bonorum possessionem petit.

Digitized by Google

durch[230], wenn auch nicht ohne bestimmte Ausnahmen zuzulassen[231].

Wie angegeben, bezeichnete das Edikt als den exceptae personae zu konferiren lediglich die legata und die fideicommissa; die Folgezeit aber sah sich veranlaßt, zu Gunsten jener Personen auf diesem Wege weiter zu gehen.

Wie sehr die mortis causa donationes den Vermächtnissen sich näherten, ist bekannt; es ist daher nur natürlich, daß Ulpian die Meinung ausspricht, es seien jene bei liberi et parentes den Vermächtnissen gleich zu stellen[232].

Von weit größerer Bedeutung ist ein zweiter Schritt. Das Edikt gedenkt nur der Vermächtnisse: wie aber, wenn kein solches, sondern eine Erbeseinsetzung irgend einer excepta persona vorliegt? Es lag sehr nahe zu sagen, daß, wer die Honorirung durch Legat aufrecht erhalte, um so mehr geneigt sein müsse, die in der noch viel

230) Daher sind lediglich die Legate des ersten Grades zu bezahlen: *a*) wenn der im ersten Grad als Erbe Berufene die Erbschaft antritt: Fr. 12; *b*) wenn die in beiden Graden als Erben Berufenen beim Tode des Erblassers am Leben sind, aber keiner von ihnen antritt: Fr. 10 § 2. Fr. 11; *c*) wenn der im ersten Grad Berufene omittirt und nunmehr der Erbe des zweiten Grades die Erbschaft antritt: Fr. 12. [Hierher gehört auch Fr. 13; denn wenn der im ersten Grad Berufene die reine Potestativbedingung nicht erfüllt, so omittirt er.]

231) Zwei Ausnahmen werden uns mitgetheilt: *a*) wenn die kasuelle Bedingung nachträglich defizirt, unter welcher der Erbe des ersten Grades eingesetzt war, so sollen die Legate des zweiten Grades gezahlt werden, obgleich gegen den ersten Grad die bonorum possessio gebeten war: Fr. 13 de leg. praest., vergl. Fr. 8 § 5 de b. p. contra tabulas; *b*) wenn der im ersten Grad Eingesetzte nach dem Tode des Erblassers stirbt ohne die Erbschaft angetreten zu haben, so sollen, obgleich auch hier gegen diesen ersten Grad die bonorum possessio gebeten wurde, die Legate des zweiten bezahlt werden: Fr. 10 § 2. Namentlich diese zweite Ausnahme bekenne ich nicht vollständig zu verstehen; denn wenn man zur Erklärung der Sache diesen Eingesetzten gewöhnlich betrachten will wie einen, der nicht antreten kann, so wird das nicht zu billigen sein, er ist vielmehr denen zuzuzählen, qui omittunt hereditatem (Fr. 9 de suis et legitimis): und gerade von diesem letzten Fall sagt derselbe Ulpian in demselben 40. Buch zum Edikt, daß die Legate des ersten Grades zu zahlen sind: Fr. 12.

232) Fr. 3 p. Fr. 5 § 7. Fr. 20 p. de legatis praest.

Digitized by Google

ausgezeichneteren Form der Erbesernennung erfolgte Honorirung ebenfalls gelten zu lassen. Einen Fürsprecher fand diese Weiterbildung besonders in dem Juristen Julian[233], und Kaiser Pius Antoninus fühlte sich bewogen, in einer, an einen Legaten Numidiens gerichteten Konstitution die gesetzliche Anerkennung hinzuzufügen[234]. Ueber die rechtliche Form, in welcher diese Ausdehnung zu erfolgen hat, sprechen sich die Quellen nicht ganz klar aus; sie sagen portio conservatur[235], praetor eum tueri debet[236], ohne auf die Beschreibung der Art und Weise sich einzulassen[237]. Unsere Litteratur

233) *Fr.* 5 § 6 *de legatis praest.:* Sed et si portio hereditatis fuerit adscripta ei, qui ex liberis parentibusve est, an ei conservanda sit, ut solent legata? Et Iulianus saepissime scripsit, in portione quoque hereditatis idem, quod in legato, probandum; cuius sententia rescripto Divi Pii comprobata est, quum hereditates non modo honesto titulo sed et pleniore honore tribuantur. Fr. 6 eodem tit.

234) Fr. 5 § 6. Fr. 7. Fr. 23 eod. tit. [Für den substantivischen Gebrauch von relictum in der letzten Stelle vergl. C. 16 de collat. Fr. 7 de coniungendis.] Daher nennt Papinian diese Begünstigung ein beneficium legis: Fr. 21 de legatis praest. *a*) Der Satz galt für alle exceptae personae; also auch für die nicht zur contra tabulas b. p. berechtigten liberi et parentes, ingleichen für die auf den Betrag der dos als Erbin eingesetzte Frau [liberi et parentes: Fr. 5 § 6. Fr. 7. Fr. 20 p. Fr. 21; Diejenigen, welche die bonorum possessio contra tabulas commisso per alium edicto hätten nachsuchen können: Fr. 14 p. de b. p. contra tabulas. Fr. 10 de collat.; Solche, die das nicht konnten: Fr. 3 de coniungendis. Fr. 25 § 1. 2 de legatis praest.; die pro dote heres instituta uxor: Fr. 10 p. de legatis praest.]. *b*) Dabei galt das edictum de legatis praestandis von Anfang an als entscheidendes Muster: Fr. 5 § 6. Fr. 7; daher auch hier die Beschränkung, daß die excepta persona durch Institution ihrer Person geehrt und materiell bedacht sein muß.

235) Fr. 5 § 6. 8. Fr. 8 § 1 de legatis praestandis. Fr. 7 de coniungendis.

236) Fr. 14 p. de b. p. contra tabulas. Fr. 5 § 7. Fr. 7. Fr 20 p. Fr. 25 § 1. 2 de legatis praestandis.

237) Tueri umfaßt keineswegs, obgleich man gewöhnlich das Gegentheil annimmt, lediglich eine außerordentliche Form des prätorischen Schutzes, sondern überhaupt eine jede Form desselben, z. B. auch den, in der Ertheilung und Aufrechthaltung der bonorum possessio liegenden: Fr. 20 p. de b. p. contra tabulas [hier heißt es von dem emancipatus, welcher die contra tabulas b. p. erhielt:

ſchwankt zwiſchen der Auffaſſung als Univerſalfideikommiß und der anderen als aufrecht erhaltenes, teſtamentariſches Erbrecht[238]. Die letzte Anſicht halte ich für die richtige; denn die Quellen ſagen uns nirgends, daß dieſe aufrecht erhaltene letztwillige Zuwendung ihre Natur zu verändern habe[239], im Gegentheil ſpricht Alles, was wir wiſſen, dafür, daß ſie bleibe, was ſie iſt, nämlich Erbrecht[240]: dem-

Redit res ad intestati exitum, ut adversus filium suum ex asse heredem ab intestato patre emancipatum practor in parte dimidia tueatur]. Fr. 1 § 9 si tabulae und namentlich iſt Fr. 2 eod. entſcheidend, weil da die Gewährung der bonorum possessio unde liberi als eine tuitio praetoris bezeichnet wird. [In Fr. 1 § 8 de collat. wird die Aufrechterhaltung des suus heres, welcher die contra tabulas bonorum possessio nicht gebeten, gegenüber dem emancipatus contra tabulas bonorum possessor eine tuitio praetoris genannt.]

238) Manche wollen Unterſcheidungen machen. Nach Förſter p. 412 liegt, wenn das Teſtament nach civile ius gilt, eine Aufrechterhaltung der hereditas vor, dagegen ſoll bei einem blos prätoriſch gültigen Teſtament die Erbeseinſetzung in ein Univerſalfideikommiß umgewandelt werden. Zu dieſer, ohne jeglichen Quellenanhalt gemachten Diſtinction werden namentlich Diejenigen genöthiget, welche, wie z. B. Uhrig § 19, die Gewährung der secundum tabulas bonorum possessio neben der der contra tabulas für unmöglich anſehen. Mühlenbruch, Band 37 p. 32 ff., meint, die zur contra tabulas bonorum possessio Befähigten erhalten ihren Theil als Erben, die Anderen als Vermächtnis. Das iſt ebenfalls eine willkürliche Unterſcheidung. Da die Quellen überhaupt keinen Unterſchied machen, ſo bleibt nur Eines oder das Andere: entweder muß man ſich überall für Univerſalfideikommiß oder überall für Erbſchaft erklären. Das letztere thut namentlich Francke p. 147, desgleichen Arndts im Rechtslexikon VIII p. 90.

239) Wenn Förſter für die Natur des Univerſalfideikommiſſes auf die Ausdrucksweiſe Julian's in Fr. 6 ſich beruft, „ut et hereditatis partem emancipatus praestet“, ſo iſt ihm mit Recht entgegnet worden, daß geradeſo vom scriptus heres geſagt wird, er präſtire dem contra tabulas bonorum possessor den Nachlaß: Fr. 13 p. Fr. 20 p. de bonorum poss. contra tabulas. Auch Fr. 8 § 2 de legatis praest. ſpricht nicht für die Fideikommißqualität, ſondern dagegen; denn hier wird als Regel vorausgeſetzt, daß die excepta persona instituta die Erbſchaft antritt und nur hinzugefügt, der contra tabulas bonorum possessor könne dieſen Erbſchaftsantritt da, wo er ihm nachtheilig, dadurch vermeiden, daß er ſeinerſeits dem institutus die Auszahlung des Erbtheils gehörig verſpricht, und es ſei dolus auf ein ſolches Verſprechen zum Nachtheil des bonorum possessor nicht einzugehen.

240) Für die Erbenqualität ſpricht vor allen Dingen, daß uns die Quellen

Digitized by Google

nach hat die zu Erben eingesetzte excepta persona, um des genannten Vortheils theilhaftig zu werden, die Erbschaft anzutreten oder bonorum possessio secundum tabulas sich zu erbitten[241]. Eine weitere, hier hervortretende Frage ist folgende. Wenn die konservirte Erbportion wiederum mit Vermächtnissen belastet ist: sind diese von dem in der Erbportion aufrecht Erhaltenen insgesammt oder nur so weit zu bezahlen, als das edictum de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita es vorschreibt? Die constitutio Divi Pii hatte sich darüber nicht ausgesprochen; die anscheinend natürlichste Antwort hatte etwa folgendermaßen zu lauten. Das edictum de legatis praestandis bezieht sich lediglich und allein auf die contra tabulas bonorum possessores: demnach haben diejenigen exceptae personae, welche nicht zugleich als prätorische Notherben berufen sind, auf die aus dem edictum de legatis praestandis stammende Bevorzugung überhaupt niemals einen Anspruch; aber auch die zur contra tabulas bonorum possessio Berechtigten haben, weil sie dieselbe nicht nachgesucht, nach der allgemeinen Regel die sämmtlichen Vermächtnisse zu zahlen und es ist nicht abzusehen, wie der Umstand, daß ein Dritter neben ihnen und ohne sie von der testamentarischen Erbschaft zu verdrängen die contra tabulas bonorum possessio erhält, im Stande sein sollte, sie von der Legats-

keinen Anlaß zu der Annahme geben, der Kaiser habe von der Bestimmung des Erblassers abweichen wollen. Dafür kann man sich ferner auch mit Francke auf Fr. 5 § 7 berufen, wo, wenn andere als die Erbschaftsklagen der gewöhnlichen Art gemeint wären, das füglich gesagt sein müßte; desgleichen auf Fr. 10 de collat., wo der suus institutus, welcher in einem solchen Fall die testamentarische Erbschaft annahm, als heres behandelt und als zur Kollationsforderung gegenüber dem contra tabulas bonorum possessor berechtiget hingestellt wird [und gerade von einem solchen suus in testamento heres scriptus, welcher neben der bonorum possessio des emancipatus seinerseits die bonorum possessio nicht genommen, heißt es praetor eum tuetur: Fr. 1 § 8 de collat.]. Endlich ist des bedeutsamen Umstandes zu gedenken, daß sofort bei der Einführung die Begrenzung auf die virilis pars für nothwendig gehalten, dagegen die Falcidia hier nirgends erwähnt wird: offenbar weil die letztere auf die Erbschaft unanwendbar ist.

241) Für die hereditatis aditio: Fr. 14 p. de bonorum poss. contra tab. Fr. 6. Fr. 15 § 1 de legatis praest. Fr. 10 de collat.

Digitized by Google

pflicht zu befreien. In der That finden wir auch dieſe Auffaſſung klar bei Afrikanus[242] und bei Ulpianus[243], vielleicht auch bei Papinianus[244]. Nun aber ließ ſich in Bezug auf Diejenigen, welche zur contra tabulas bonorum possessio berechtiget dennoch aus dem Teſtament antraten, allenfalls auch ſagen, der Prätor habe, wenn er ſie in der Erbſchaft ſchütze, allerdings den Umſtand im Auge, daß ſie Notherben ſeien und demgemäß ſei ihnen auch nur die Leiſtung der Legate an die exceptae personae aufzubürden. So argumentirt Paulus[245]. Dafür, daß auch diejenigen exceptae personae, welche nicht Notherben ſind, lediglich den exceptae personae die Vermächtniſſe auszuzahlen hätten, wüßte ich in der That gar keinen plauſiblen Grund[246].

242) *Fr.* 14 *p. de bonorum poss. contra tabulas (Africanus lib.* 4 *quaestionum):* Si duobus filiis emancipatis alter heres institutus sit, alter praeteritus, si institutus adierit — — Sed illud observandum est, ut praetor eum, qui heres institutus adierit, tueri debeat — —, ut hactenus deteriorem causam suam fecerit, — — quod extraneis quoque legata praestare cogatur.

243) *Fr.* 16 *de legatis praest. (Ulpianus lib.* 4 *disputationum):* Si duo proponantur esse, unus in potestate praeteritus, alius emancipatus institutus — — Proinde si contra tabulas non accepit [scil. emancipatus], dicendum est, tuendum eum in partem et utique liberis parentibusque legata praestiturum. Sed an et omnibus, dubito; tamen quia plena fruatur voluntate, plenum et obsequium praestare testatoris iudicio pro sua parte debet.

244) Er ſagt nämlich in *Fr.* 21 *de legatis praest. (Papinianus lib.* 13 *quaestionum):* Si portio hereditatis, quam excepta persona beneficio legis habere potuit, repudietur, pro ea quoque parte filius, qui bonorum possessionem accepit, non aliis quam exceptis personis legata praestabit. Wenn der Juriſt davon ausgegangen wäre, daß die zu Erben eingeſetzte und die Erbſchaft annehmende excepta persona ſelber nur an die exceptae personae die Legate zu bezahlen habe, ſo würde das Obige eine leidlich überflüſſige Bemerkung erſcheinen.

245) *Fr.* 15 § 1 *de legatis praestandis (Paulus lib.* 41 *ad edictum):* Sed si unus emancipatus heres scriptus sit, alter praeteritus — — Sed si scriptus quidem adierit hereditatem, praeteritus autem bonorum possessionem acceperit, hic quidem, qui bonorum possessionem acceperit, certis personis legata debebit. De scripto autem quaeritur; et complures putant, certis personis et eum praestare debere; quod puto verius esse, nam et praetor hac ratione eum tuetur, quod ex liberis est, qui contra tabulas petere potuerunt.

246) In Fr. 5 § 8 de legatis praest. (Ulp. lib. 40 ad edictum) heißt es:

Digitized by Google

Bis zu welchem Maße die den exceptae personae zugedachten Legate überhaupt aufrecht zu erhalten seien, darüber enthielt das edictum de legatis praestandis keinen besonderen Ausspruch: da-

---

Is autem, cui portio hereditatis conservatur, utrum omnibus an tantum exceptis personis legata cogatur praestare? Et magis probatur, exceptis personis solis praestanda — — Diese Worte — einfach und natürlich gefaßt — zeigen, daß Ulpian, als er sein Werk ad edictum schrieb, anderer Ansicht war, als zur Zeit seiner Disputationen, und das ist, da über diesen Punkt offenkundig eine Kontroverse bestand (Fr. 15 der vorigen Anmerkung) und er selber überdies in beiden Stellen sich zweifelnd ausdrückt (dubito — magis probatur), gar nicht besonders zu verwundern. Aber nicht ganz ebenso gewiß ist, wie weit die in Fr. 5 von Ulpian vertretene Meinung gehe. Rein grammatisch aufgefaßt befreien nämlich diese Worte von der Leistung an non exceptae personae einen jeden, der seinerseits zu den exceptae personae gehört, möge er prätorischer Notherbe sein oder nicht. Sollte nun derselbe Ulpian, welcher ein anderes Mal behauptet hat, alle Legate schlechthin seien zu zahlen, an dieser Stelle nach der anderen Seite hin noch weiter gegangen sein, als der eben angeführte Paulus? Ich vermuthe, daß der Ausdruck ungenau sei und auch Ulpian, gleich Paulus, nur von den zu den Notherben gehörigen exceptae personae reden wollte. Freilich gehen, wie bei dem Stande der Quellen sehr natürlich, die Ansichten weit auseinander (eine Uebersicht derselben bei Uhrig p. 85). Mühlenbruch z. B., das Vorhandensein eines Widerspruchs bei Ulpian läugnend und von der oben verworfenen Unterscheidung ausgehend, wonach diejenigen exceptae personae, welche nicht Notherben sind, lediglich Universalfideikommissare sein sollen, kommt (p. 33 ff.) zu dem, nicht blos zu der Begründung von Paulus, sondern meines Erachtens auch zu dem natürlichen Rechtsgefühl in Widerspruch stehenden Resultat, daß die nicht zu den Notherben gehörigen exceptae personae nur an exceptae, die zur contra tabulas b. p. Berechtigten aber überhaupt alle Vermächtnisse zu zahlen haben. Aber das sagt überhaupt gar keine Quellenstelle und es ist, daher unzulässig, Fr. 5 § 8 in diesem Sinne zu beschränken. Am leichtesten macht sich Uhrig p. 93 ff. die Sache. Um zu dem Resultat zu kommen, daß überhaupt nur an exceptae personae zu zahlen sei, streicht er bei Afrikanus und bei Ulpianus einfach weg, was ihm nicht paßt. Daß die von Cujaz (ad Africanum IV ad l. 18 de legatis praest.) allgemein aufgestellte Unterscheidung, wonach der die Erbschaft Antretende dann die Legate an Alle bezahlen soll, wenn er durch Aufstellung der virilis portio einen Abzug nicht erlitt, dagegen nur an die exceptae, wenn er verkürzt wurde, weder in den Quellen noch in der Billigkeit begründet sei, darüber Francke p. 155.

Digitized by Google

her unterlagen ſie zuvörderſt einfach der lex falcidia[247] und es geſtaltete ſich die Sache folgendermaßen. Dieſes Geſetz reduzirt gemäß der ſeinen Worten entſprechenden Auslegung per legem ipso iure[248] den Betrag aller Legate inſoweit, daß den Erben ein Viertheil der Erbſchaft frei von Legaten bleibt. Das thut jenes in dem Augenblick, wo eine Erbſchaft vorhanden, alſo in dem Zeitpunkte des Todes des Erblaſſers[249] und zwar mit allen, zu dieſem Zeitpunkte gültigen Legaten, alſo ebenſo gut mit den für extraneae wie mit den für exceptae personae beſtimmten[250]. Wenn nun in Folge der ſpäter erbetenen contra tabulas b. p. die den extraneae personae zugedachten Legate kraft der prätoriſchen Vorſchrift ganz beſeitiget werden, ſo nahm die Interpretation in richtigem Verſtändnis des prätoriſchen Willens an, daß daraus zuvörderſt die den exceptae personae zu gewährenden Legate zu ergänzen ſeien und lediglich der dann ſich etwa noch ergebende Reſt bei dem bonorum possessor verbleibe[251]. Aber die Jurisprudenz fühlte, daß der Abzug der Falcidiſchen Quart hier im Grund nicht genüge, weil danach die exceptae personae, alſo ſolche Perſonen, die gar nicht nothwendig Notherben ſind, drei Viertheile des Nachlaſſes erhalten können, ſodaß der contra tabulas bonorum possessor ſelber nur ein Viertheil übrig behält[252]. Noch deutlicher trat die Nothwendigkeit einer anderweitigen Beſchränkung ſofort hervor, als man die exceptae personae auch dann zu ſchützen

247) Fr. 5 § 5. Fr. 6 de legatis praestandis.

248) Fr. 73 § 5 ad legem falcidiam.

249) Fr. 56 p. Fr. 73 p. ad legem falcidiam.

250) Fr. 5 § 5 de legatis praestandis.

251) Fr. 5 § 5 cit. ſagt: Si legata fuerint relicta liberis et extraneis, licet utrorumque praestatio falcidiae locum faceret legataque liberorum recideret, tamen nunc ob hoc, quod extraneis non praestantur, legata liberorum augentur. Vergl. Fr. 5 § 8 eod.

252) Nur hierauf bezieht ſich der in Fr. 6 de legatis praest. ausgeſprochene Tadel: „saepe animadverti, hanc partem edicti, qua emancipatus accepta contra tabulas bonorum possessione liberis et parentibus legata praestare iubetur, habere nonnullas reprehensiones,“ nicht aber, wie man nicht ſelten annimmt, auf das ganze edictum de legatis praestandis und am wenigſten auf die contra tabulas bonorum possessio überhaupt.

Digitized by Google

anfing, wenn ſie zu Erben eingeſetzt waren. Da hier die Anwendung der lex falcidia formell unzuläſſig und materiell unzureichend erſchien, ſo ſchlug ſchon Julian vor, es ſei dieſe Aufrechterhaltung durch Dekret in der Art einzuſchränken, daß der eingeſetzte Erbe nicht mehr erhalte als der contra tabulas bonorum possessor[253], was dann Divus Pius ſofort in die Grund legende Konſtitution aufnahm[254] und als Gewährung einer virilis portio bezeichnet wird[255]. Gleichzeitig empfahl derſelbe Julian, daß dieſelbe Grenze auch für Legate eingehalten werden möge[256] und die Jurisprudenz erkannte das nicht blos für dieſe, ſondern auch für die mortis causa donationes in Folge der kaiſerlichen Konſtitution an[257]. Was nun die Feſtſtellung dieſer virilis portio anlangt, ſo iſt zunächſt klar, daß Niemand für eine größere Portion geſchützt werden könne, als die ihm im Teſtament zugewendete[258], desgleichen, daß die zur contra tabulas bonorum possessio Berechtigten auf dem Wege der aufrecht erhaltenen Inſtitution nie mehr bekommen können, als ihnen der Gebrauch der contra tabulas bonorum possessio würde verſchafft haben[259]. Ferner wird uns geſagt, daß die Be-

253) Fr. 6 de legatis praestandis.

254) *Fr. 7 eod. tit. (Tryphoninus):* Nam secundum constitutionem Divi Pii ad Tuscium Fuscianum Numidiae legatum placuit parentes et liberos heredes quoque institutos tueri usque ad partem virilem exemplo legatorum, ne plus haberent ex institutione tales personae, quam ad eum perventurum esset, qui contra tabulas bonorum possessionem accepisset. Fr. 5 § 7 eod. tit.

255) Fr. 7 cit. Vergleiche z. B. Fr. 3. Fr. 7 de coniungendis. Fr. 1 § 8 de collat. Fr. 5 § 7. Fr. 8 p. de legatis praestandis.

256) Fr. 6 cit.

257) Fr. 5 § 7 de legatis praestandis.

258) Fr. 5 § 7. Fr. 15 § 2 de legatis praest. Fr. 14 p. de bonorum poss. contra tab.

259) *Fr. 14 p. de bonorum poss. contra tabulas:* — — Sed illud observandum est, ut praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem, qua scriptus sit, tueri debeat, dum tamen non ampliorem, quam habiturus esset, si bonorum possessionem accepisset; ut hactenus deteriorem causam suam fecerit, quod, si ex minore parte sit institutus, eam duntaxat retinere possit et quod extraneis quoque legata praestare cogatur. [Die meiſten Ausgaben

Digitized by Google

rechnung der virilis portio bei Legaten im Ganzen dieſelbe ſei, wie bei Erbportionen[260] und daß, wo dieſelbe Perſon mit Erbeseinſetzung und Legaten zugleich bedacht iſt, für die Berechnung beides zuſammenzuwerfen ſei[261]. Als Regel nun wird uns in der Hauptſtelle[262] angegeben: a) daß ein zum Erben Eingeſetzter neben den contra tabulas bonorum possessores einen Kopftheil erhalte, alſo neben zwei dieſer bonorum possessores ein Drittel, neben drei ein Viertel; b) daß mehrere Legatare zuſammen, nicht ein jeder einzeln, einen Kopftheil in Anſpruch zu nehmen haben. Fraglich iſt: gilt dieſer letzte Satz auch von den zu Erben Eingeſetzten, oder erhält hier ein jeder einzelne eine virilis portio? Faſt alle Schriftſteller[263], namentlich ſeit Förſter, wollen unterſcheiden; nur dann nämlich ſollen die mehreren Eingeſetzten zuſammen auf eine virilis portio beſchränkt ſein, wenn ſie die contra tabulas bonorum possessio nachzuſuchen nicht berechtiget waren, im anderen Falle ſei dagegen anzunehmen, daß einem jeden einzelnen eine virilis portio gebühre. Aber eine ſolche Unterſcheidung findet ſich in den Quellen nirgends[264]; es iſt daher die einzige Baſis, worauf man dieſe Bevorzugung jener gründen könnte, die allgemeine aequitas. Nun aber ſprechen die Quellen, ſo weit ſie ſich überhaupt ausſprechen, meines Erachtens dagegen, und die aequitas ſpricht mindeſtens nicht dafür[265]. —

machen dieſe Stelle in einer Beziehung durch die Interpunktion geradezu unverſtändlich: ſo ſchreibt, um von älteren zu ſchweigen, Gebauer fecerit: quodsi, Kriegel (auch Förſter) fecerit; quodsi, nur bei Beck finde ich die richtige Interpunktion]. Das wird insbeſondere auf den ex nova clausula berufenen Enkel angewendet: Fr. 18. Fr. 19 de legatis praest. Fr. 7 de coniungendis.

260) Fr. 5 § 7. Fr. 8 p. de legatis praestandis.

261) Fr. 8 § 1 eod. tit.

262) Fr. 8 p. eod. tit.

263) Förſter p. 428 ff., Francke p. 147, Mühlenbruch p. 23, Ubrig § 12. Nur Bangerow p. 283 ſcheint dieſe Unterſcheidung nicht zu machen, wenn er ſich auch nicht beſonders darüber ausſpricht.

264) Um zu einer quellenmäßigen Begründung zu gelangen, überträgt Ubrig p. 45 die Worte in Fr. 8 p. qui contra tabulas bonorum possessionem accipiunt und qui contra tabulas acceperunt: „welche die bonorum possessio erlangen können."

265) a) Da, wo uns durch Fr. 7 die constitutio Divi Pii in der Haupt-

Das edictum de legatis praestandis sprach ausschließlich von den exceptae personae; die diesen hinterlassenen Vermächtnisse hielt es aufrecht. Zu Gunsten derselben Personen fügte die Interpretation die Aufrechterhaltung der mortis causa donationes, Pius Antoninus die der heredis institutio hinzu. Es fragt sich endlich, ob außer diesen, die exceptae personae allein betreffenden letztwilligen Anordnungen nach dem Vorgange gerade dieses Edikts auch noch andere, auf andere als diese Personen bezügliche Dispositionen ihre Gültigkeit behalten, ihres Inhaltes wegen, namentlich die im Testament angeordneten libertates, die tutoris datio und die Pupillarsubstitution.

Daß der Prätor der libertates im Edikt nicht gedachte, dazu mag er durch ähnliche Erwägungen bestimmt worden sein, wie diejenigen sind, welche die lex furia hervorgerufen haben. Auch die Interpretation fand sich zu einer Ausdehnung des Edikts nach dieser Seite hin nicht veranlaßt [266]. Aber wenn so der Prätor die ungültig

sache mitgetheilt wird, heißt es: ne plus haberent ex institutione tales personae, quam ad eum perventurum esset, qui contra tabulas bonorum possessionem accepit, was am natürlichsten auf die Gesammtheit der eingesetzten Erben bezogen wird und jedenfalls keine Unterscheidung ausspricht. b) Die Behandlung der institutiones und der legata ist im Allgemeinen die gleiche, es ist in beiden Fällen eine und dieselbe virilis portio, welche in Frage steht: nun aber ist bei Legaten die Zusammenrechnung zweifellos festgestellt, Fr. 8 p.: Sed si unus sit ex liberis, qui accepit contra tabulas bonorum possessionem, plures sint, qui ex liberis parentibusque legata acceperunt, sic hoc accipiendum est, ut filius praeteritus semissem habeat, ceteri omnes, qui sunt ex liberis parentibusve, semissem. c) Demnach erhalten auch mehrere zur contra tabulas bonorum possessio Berechtigte, sofern sie lediglich mit Legaten bedacht sind, nur eine virilis portio zusammen: wäre nun die genannte Qualität ein entscheidendes Moment, so müßte auch in diesem Fall der Legate jeder Einzelne eine virilis portio beanspruchen können. d) Wenn der zur contra tabulas b. p. Berechtigte diese nachzusuchen unterläßt, so hat er den dadurch erwachsenden Nachtheil lediglich sich selber zuzuschreiben; nicht füglich kann es die Absicht sein, einem solchen es so bequem zu machen, daß es in den meisten Fällen für ihn gleichgültig wäre, ob er jene bonorum possessio annimmt oder nicht.

266) Dafür bringt Fr. 8 § 2 de legatis praest. einen mittelbaren, Fr. 23 eod. tit. den unmittelbaren Beweis.

Digitized by Google

gewordene libertas nicht ausdrücklich durch seine Auktorität in Schutz nahm, so war er doch andererseits keineswegs geneigt, derselben dann entgegenzutreten, wenn sie nach allgemeinen Grundsätzen rechtlich wirksam geworden war. Nun tritt eine jede im Testament gegebene directa libertas ipso iure in Wirksamkeit mit einer jeden, auf Grund des Testaments erfolgten hereditatis aditio[267] und es wird die einmal vorhandene Freiheit niemals rückgängig gemacht[268]. Wenden wir das auf den Fall an, wo contra tabulas bonorum possessio erbeten worden ist, so ergibt sich, daß die directae libertates[269] dann und nothwendig dann immer gelten, wenn der in dem gültigen Testament eingesetzte heres die Erbschaft antrat[270]. Das sagen denn auch die Quellen geradezu[271] und bemerken überdies, daß, wenn der um die contra tabulas bonorum possessio wissende heres blos deshalb die testamentarische Erbschaft antrat, damit die

267) Ulp. fragm. I § 22. Fr. 11 § 2. Fr. 23. Fr. 25 de manumissis testamento.

268) Nicht durch die, dem eingesetzten Erben gegen den Erbschaftsantritt gewährte Restitution: C. 3 de testamentaria manumissione; nicht dadurch, daß der suus sich abstinirt: Fr. 30 § 10 de fideicom. hered. Fr. 29 de manum. testamento.

269) Von den fideicommissariae libertates gilt das keineswegs; vergleiche Mühlenbruch p. 20.

270) Wenn ein suus filius präterirt ist, so gilt das Testament nicht; daher hat auch der Antritt aus einem solchen letzten Willen die Gültigkeit der libertates nicht zur Folge: Fr. 17 de iniusto. Anders müßte sich die Sache bei Präteritionen eines nepos suus oder einer filia sua verhalten.

271) Fr. 8 § 2 de legatis praestandis. Nach Mühlenbruch's Vorgang (Band 37 p. 20) wollen Einzelne die Aufrechterhaltung der libertates auf den speziellen, in dieser Stelle besprochenen Fall beschränken, also nur da gelten lassen, wo der Antretende zu denen gehört, quibus virilis conservatur. Aber Ulpian stützt die Gültigkeit nicht auf die besondere Qualität dieses testamentarischen Erben, sondern auf die allgemeine rechtliche Nothwendigkeit, welche das Ergebnis des Erbschaftsantritts überhaupt ist [Si adierit hereditatem is, cui virilis portio conservatur, libertates competent ex necessitate per aditionem] und es kann von dem Prätor schlechthin nicht erwartet werden, daß er hier, von den Grundsätzen, welche er sonst (Anm. 268) befolgt, abweichend, eine rechtlich existent gewordene libertas beseitige, also einen nach civile ius freigewordenen Mann in die Sklaverei zurückversetze.

Digitized by Google

libertates zum Schaden des bonorum possessor gültig werden, darin ein gegen den letzteren gerichteter dolus zu erkennen und deshalb die actio de dolo begründet sei[272].

Ueber die tutoris datio haben wir keinen Quellenausspruch. Ist ihre Anordnung formell gehörig erfolgt, so erhält sie die volle civile Gültigkeit durch den Antritt des Erben; der Prätor aber wird, da das Interesse des contra tabulas bonorum possessor nicht im Mindesten davon berührt wird, keinen Grund gehabt haben, die gültige tutela zu vernichten. Wenn jedoch, wie hier gewöhnlich, der Antritt der hereditas gerade der contra tabulas bonorum possessio wegen unterbleibt, so läßt sich nicht einsehen, weshalb der Prätor abgeneigt gewesen sein sollte, die tutoris datio durch seine Konfirmation aufrecht zu erhalten[273].

Eine ähnliche Bewandtnis hat es schließlich mit der Pupillarsubstitution. Nach der allgemeinen Regel wird jede Erbeseinsetzung, sofern der Eingesetzte ein extraneus ist, durch die contra tabulas bonorum possessio außer Wirksamkeit gesetzt: demnach, so würde sich weiter schließen lassen, auch die Pupillarsubstitution, denn sie ist gleichfalls eine Institution. Aber jene Beseitigung bezweckt doch nur den Vortheil des contra tabulas bonorum possessor: da nun diesem aus dem Bestand der Pupillarsubstitution ein Nachtheil nicht erwächst, so liegt ihre Verwerfung gerade so außerhalb dem prätorischen Prinzip, wie die des vorigen Falles; sie wäre ein Fehler, von welchem die römische Jurisprudenz sich frei hält. Diese nämlich geht überall davon aus, daß die Pupillarsubstitution gültig bleibe trotz der contra tabulas bonorum possessio[274]. Voraussetzung dabei ist natürlich gültige Errichtung; denn eine in ungültiger Weise errichtete ist eben keine. Eine bestrittene Frage von verhältnismäßig untergeordneter Bedeutung ist folgende. Bekanntlich ist es Grundsatz, daß, wenn aus dem väterlichen Testament nicht geerbt wird,

272) Fr. 8 § 2 de legatis praestandis.

273) Unsere Literatur ist hierüber ziemlich einig.

274) Fr. 34 § 2. Fr. 35 de vulgari et pupill. subst. Fr. 126 p. de legat. I. Fr. 103 § 3 de legat. III.

Digitized by Google

auch die secundae tabulae zusammenfallen[275]. Es fragt sich nun, leidet dieses Prinzip auf den vorliegenden Fall in der Art Anwendung, daß auch dann, wenn wegen ergriffener contra tabulas bonorum possessio Niemand aus dem väterlichen Testament Erbe wird, die Pupillarsubstitution vernichtet ist? Das bejahen die meisten und angesehensten Rechtslehrer (Francke, Mühlenbruch, Vangerow), während es einzelne verneinen (Uhrig, Hingst). Gewiß ist, daß wenn der institutus impubes die contra tabulas bonorum possessio commisso per alium edicto sich erbat, die Pupillarsubstitution ihre Gültigkeit behält, wäre auch Niemand sonst aus dem väterlichen Testament Erbe geworden[276]. In den Prinzipien der Pupillarsubstitution kann meines Erachtens dafür der Grund nicht liegen[277]. Was ist natürlicher, als die Annahme, daß man diese Aufrechterhaltung als eine Erweiterung des, den Antritt der testamentarischen Erbschaft nicht zur Voraussetzung habenden edictum de legatis praestandis ansah, mithin sie dem Prinzipe dieses Edikts gemäß nicht blos in dem obigen Fall, sondern bei nachgesuchter contra tabulas bonorum possessio überhaupt gelten

275) Fr. 2 p. § 1. Fr. 10 § 4 de vulgari. Cfr. § 5 I. de pupill. subst.

276) Fr. 5 p. de legatis praest.

277) Anders denkt darüber Francke. Nach ihm liegt der Grund darin, daß der impubes ipso iure Erbe geworden und daß für den Bestand der Pupillarsubstitution darauf nichts ankomme, ob der heres die hereditas materiell behalte oder nicht. Aber gerade der letzte Satz ist zu bestreiten. Die im Testament eingesetzten sui heredes, welche sich abstiniren um ab intestato bonorum possessores zu werden, fallen unter das edictum si quis omissa causa, sie bezahlen also die Legate nicht weil sie heredes sind, sondern obgleich durch den Prätor von diesem civilrechtlichen Verpflichtungsgrunde befreit, aus einem besonderen anderen, vom Prätor aufgestellten Grunde: Fr. 1 § 7 si quis omissa. In diesem Falle wird auch die Pupillarsubstitution auf Grund desselben Edikts aufrecht erhalten: Fr. 2 § 1 de vulgari. Wäre der Satz richtig, daß die letztere, sobald ein heres aus dem väterlichen Testament vorhanden, schlechthin ihre Wirksamkeit behalte, so würde, wenn der institutus pupillus sich abstinirt, die Pupillarsubstitution schlechthin gültig sein, nicht erst auf Grund des edictum si quis omissa causa. Vergl. Uhrig p. 69 ff.

Digitized by Google

ließ[278], wenn auch Niemand aus dieſem Teſtament Erbe geworden war[279]?

278) Alſo namentlich auch wenn der suus impubes erheredirt iſt, ein emancipatus praeteritus die contra tabulas bonorum possessio nimmt und in Folge davon die extranei instituti die Erbſchaft nicht antreten. Für dieſe Behauptung kann man ſich auch auf Afrikanus in Fr. 34 § 2 de vulgari berufen; denn wenn auch richtig ſein mag, daß der Juriſt zunächſt den Fall im Auge hatte, wo der Pupill die bonorum possessio contra tabulas commisso per alium edicto erhielt (vergl. Francke p. 143), ſo ſteht doch nichts im Wege, den Ausſpruch des Anfangs allgemein zu verſtehen, wie er lautet.

279) Die Frage, welche Legate der Pupillarſubſtitut dann zu leiſten habe, wenn der Pupill die contra tabulas bonorum possessio erhielt, iſt eine der Pupillarſubſtitution, nicht des Notherbenrechts. Ihre Löſung iſt an ſich einfach. 1) In Bezug auf die dem Pupillen aufgelegten Legate haftet der Pupillarſubſtitut als successor des Belaſteten, alſo gerade ſo weit wie dieſer ſelber: Fr. 11 § 5 ad legem falcid. Fr. 5 p. de legatis praest. [Dem widerſpricht *Fr.* 103 § 2 *de legatis III.*: Si filius ex uncia heres institutus sit et ab eo legata data sint, habeat et substitutum, deinde commisso edicto per alium filium accepit partis dimidiae bonorum possessionem, substitutus eius utrum ex uncia legata praestet, an vero ex semisse? Et verius est ex semisse, sed ex uncia omnibus, ex reliquis liberis et parentibus. Demnach ſoll von den dem Pupillen aufgelegten Legaten der Subſtitut leiſten a) die durch die contra tabulas bonorum possessio unwirkſam gewordenen nach dem Theil, zu welchem der Pupill inſtituirt war; b) die durch das edictum de legatis praestandis aufrecht erhaltenen nach der Quote, zu welcher der Pupill bonorum possessor wurde. So richtig der zweite Satz iſt, ebenſo unhaltbar und jedes Prinzips ledig iſt der erſte. Cujaz (observat. III, 6) hat es verſucht, namentlich durch den Strich einer ganzen Zeile, der Stelle einen vernünftigen Sinn zu geben: was freilich ein, über jedes zuläſſige Maß hinausgehendes, gewaltſames Verfahren iſt. Einen anderen Weg ſchlägt Leiſt (II, 1 p. 189) ein und ihm folgt Hingſt p. 217; um den Text zu retten, nimmt er an, es ſei Skävola von der unhaltbaren Anſicht ausgegangen, daß der suus institutus, welcher die contra tabulas bonorum possessio commisso per alium edicto erhielt, die Legate an Alle überhaupt nach ſeinem Inſtitutionstheil, die an die exceptae personae nach Maßgabe des durch die bonorum possessio vergrößerten Erbtheils zu zahlen habe. Aber es wäre doch, von anderen Einwendungen abgeſehen, in der That ſeltſam, wenn der Juriſt, um dieſen der allgemeinen Anſicht widerſprechenden, den Pupillen betreffenden Satz aufzuſtellen, von dem Subſtituten und nicht von dem Pupillen ſelber geſprochen hätte. Wie dem auch ſei, daß die Stelle nicht dazu angethan, das einleuchtende

Digitized by Google

Resultat von Fr. 5 p. irgendwie zu verändern, wird allgemein zugegeben]. 2) Die dem Pupillarsubstituten selbst aufgelegten Legate (deren gültige Bestellung davon bedingt ist, daß der Vater entweder den Pupillen oder den Substituten unter die heredes im eigenen Testament aufnahm: Mühlenbruch p. 18 gegen Francke p. 143. 157) hat derselbe der Regel nach als gewöhnlicher testamentarischer Erbe insgesammt zu leisten, natürlich nach Abzug der quarta falcidia: Fr. 5 p. Wenn nun der Pupill selbst die contra tabulas bonorum possessio commisso per alium edicto nachgesucht hat und gemäß dem Obigen die Pupillarsubstitution aufrecht erhalten wird, so fragt es sich, nach welcher Quote leistet der Pupillarsubstitut die ihm selber aufgelegten Legate? Die von Ulpian in Fr. 5 p. § 1 de legatis praestandis gegebene, im justinianischen Recht gültige Antwort lautet: nach der Quote, welche er von dem väterlichen Vermögen durch das Medium des Pupillen wirklich erhalten hat. Aber daß für den Fall, wo in Folge jener contra tabulas bonorum possessio der Pupillarsubstitut mehr erhielt als die ihm vom Vater zugedachte Portion, auch eine andere Meinung bestand, beweist die von Ulpian gewählte Ausdrucksweise (magis est) unwidersprechlich. Welche diese Meinung war, dafür liegt die Antwort vielleicht in dem schon besprochenen Fr. 103 § 2. Allerdings spricht dieser Paragraph, so wie er lautet, von den dem institutus aufgelegten Legaten; aber es wird mit Hinblick auf die Sache selbst und auf § 3 Cujaz zuzugeben sein, daß darin ein Fehler liege (auch das Principium und § 1 enthalten entschiedene, schon von Cujaz erkannte Fehler der Abschreiber; vielleicht ist überdies im Principium anstatt intra pubertatem zu lesen infra pubertatem) und der von ihm vorgeschlagenen Transposition wird statt zu geben sein. Lassen wir nun lediglich mit dieser, durchaus nichts ungewöhnliches uns zumuthenden Aenderung im Uebrigen die Stelle wie sie lautet [Si filius ex uncia heres institutus sit, habeat et substitutum et ab eo legata data sint, deinde commisso edicto per alium filium accepit partis dimidiae bonorum possessionem, substitutus eius utrum ex uncia legata praestet an vero ex semisse? Et verius est ex semisse, sed ex uncia omnibus, ex reliquis liberis et parentibus], so bespricht sie dieselbe Zweifelsfrage, welche Fr. 5 § 1 berührt und bringt folgende, ganz wohl begreifliche Unterscheidung: der Regel nach leistet der Pupillarsubstitut die ihm persönlich aufgelegten Legate nach Maßgabe der Quote, welche ihm durch den väterlichen Willen selbst zugedacht war; davon ist jedoch nach der Analogie des, für den impubes in Anwendung gekommenen edictum de legatis praestandis zu Gunsten der liberi et parentes die Ausnahme zu machen, daß diese den Anspruch haben, nach der durch die contra tabulas bonorum possessio vermehrt ihm zugekommenen Quote beurtheilt zu werden.

Digitized by Google

Novelle 115.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vielleicht auf keinem anderen Gebiete des Privatrechts hat sich Justinian's gesetzgeberische Thätigkeit umfassender erwiesen, als auf dem des Erbrechts. Das Intestaterbrecht verdankt ihm eine wichtige, in klaren Zügen vor uns liegende, der Hauptsache nach gelungene Neugestaltung. Auch in das Notherbenrecht hat er in höchst bedeutsamer Weise eingegriffen: nur ist der Inhalt gerade seines wichtigsten, hierher gehörigen Gesetzes in einem ganz ungewöhnlichen Maße bestritten, namentlich und vor Allem aber bestehen die allerverschiedensten Ansichten über die, uns hier allein interessirende Frage, was dieses Gesetz in Bezug auf das formelle Recht der Notherben gewollt und gethan.

Werfen wir zuerst einen Blick auf diejenigen, das formelle Notherbenrecht angehenden Gesetze Justinian's, welche derselbe vor Novelle 115 erließ. In der Hauptsache beziehen sie sich zu einem Theil auf die Form der Erheredation, zu einem andern auf die Folgen der Präterition.

Was zunächst die Erheredationsform anlangt, so hat der Kaiser dieselbe in einem Punkte erleichtert. Im März des Jahres 531 nämlich verordnete er, daß der Ausdruck exheres nicht mehr nothwendig sein, vielmehr eine jede, den Sinn klar ausdrückende Redeform genügen solle, z. B. ille filius meus alienus meae substantiae fiat[1]. Durch diese Vorschrift wurde in Wahrheit nur ausgesprochen, was in dem allgemeinen Zug der Legislation begründet lag. Denn nachdem schon vor fast zweihundert Jahren Konstan-

1) C. 3 de liberis praeteritis. Vergl. Abschnitt I Anm. 144.

Digitized by Google

tin's Söhne die Beobachtung bestimmter Wortformen sowohl bei der heredis institutio als bei den Legaten für unwesentlich erklärt hatten[2]: erschien die Beibehaltung dieser Wortstrenge bei der Exheredation zwar als durch den Satz exheredationes non esse adiuvandas erklärlich, aber dennoch als für die Dauer unhaltbar.

Im September desselben Jahres hat dagegen Justinian die Form der Exheredation in einem andern Punkte sehr bedeutend verschärft[3]. Er bestimmt, daß künftighin alle formell berechtigten Notherben überhaupt Anspruch auf nominatim zu bewerkstelligende Exheredation haben sollen, also nicht blos die Söhne, sondern auch die Töchter, die als Notherben berechtigten Enkel[4] und alle Postumen, auch die weiblichen.

Das ist Alles, was der Kaiser in Bezug auf diese Form im Codex neu geordnet hat. Denn wenn auch eine gewichtige Autorität die Ansicht aufstellt, es habe derselbe überdies im Jahre 528, also schon drei Jahre vor dem Erlaß der eben genannten Gesetze, die Nothwendigkeit des formellen Bedenkens für den Fall schlechthin abgeschafft, wo dem betreffenden Notherben im Testament irgend etwas zugewendet wurde, und nur noch für den anderen Fall beibehalten, wo jenem gar nichts zugedacht war: so hat doch die neuere Litteratur ziemlich einstimmig, und meines Dafürhaltens mit Recht, diese Auffassung für nicht begründet erklärt[5].

---

2) C. 15 de testamentis. C. 21 de legatis; beide Gesetze tragen dasselbe Datum: Kal. Februar. 339.

3) C. 4 de liberis praeteritis. Vergl. Abschnitt I Anm. 175.

4) Ueber die Worte am Schluß des ersten Paragraphen dieses Gesetzes: Et haec non solum in filiabus obtinere sed etiam in nepotibus et neptibus et deinceps observari censemus, *si tamen ex masculis progeniti sunt* spricht ausführlich Mühlenbruch p. 97 ff. Ihr einfacher Sinn ist: das Gesetz hat nicht die Absicht, die Zahl der formellen Notherben zu vermehren, es bezieht sich nur auf die Beschaffenheit der Form.

5) Die hier in Frage stehende C. 30 de inofficioso testamento (Juni 528) gehört zweifellos in der Hauptsache der Lehre vom Pflichttheil an; sie verordnet nämlich, daß die querela inofficiosi testamenti zwar dann bestehen bleiben solle, wenn dem Pflichttheilsberechtigten gar nichts zugewendet wurde, daß sie dagegen

Digitized by Google

Das, was der Kaiser über die Wirkung der Präterition vor der Novelle 115 bestimmte, besteht in der Hauptsache in Folgendem:

a) An der Unterscheidung zwischen civilen und prätorischen Notherben hält er unbedingt fest: nur bei jenen gibt es eine Nullität

---

hinwegfalle bei dem Vorhandensein einer letztwilligen, den Betrag des Pflichttheils nicht erreichenden Zuwendung und daß hier lediglich auf Ergänzung des Pflichttheils solle geklagt werden dürfen. Das, was durch diese Neuerung beseitiget wird, bezeichnet Justinian als die Möglichkeit, das Testament durch die querela inofficiosi testamenti oder auf andere Weise zu beseitigen (vel alio modo subvertere). Die letzten Worte urgirend behauptet nun Francke, es könne unter dieser anderen, ebenfalls vom Kaiser aufgehobenen Art, das Testament zu beseitigen, nichts anderes verstanden sein, als die wegen Präterition eintretende civile Nullität und die aus gleichem Grunde zu gewährende contra tabulas bonorum possessio; demnach sei gesagt, daß, wenn ein formell berechtigter Notherbe zwar unter den Erben präterirt aber zugleich mit einem Vermächtnisse bedacht wurde, die Präterition gleichgültig erscheine. Dagegen wird einzuwenden sein: *a*) Eine solche theilweise Beseitigung des formellen Requisits ist an sich wenig wahrscheinlich. *b*) Es ist schwer zu glauben, daß der Kaiser diese theilweise Beseitigung eines Jahrhunderte alten Rechtsinstituts durch beiläufige, zweideutige Worte vorgenommen. *c*) Justinian's Ausdrücke passen nicht auf die Beseitigung der civilen Nullität (testamentum subvertendum queri). *d*) Einige Jahre nach Erlaß dieses Gesetzes geht Justinian selber davon aus, daß durch Zuwendung eines Legats die Unzulässigkeit der Präterition keineswegs beseitiget sei, C. 4 § 2 de liberis praeteritis; und daß er damals nicht etwa schon wieder vergessen, was er in C. 30 verordnete, beweist er durch die, im Eingang von C. 4 vorkommende Berufung auf C. 30. *e*) Das alio modo subvertere läßt eine andere als die Francke'sche, vollkommen genügende Deutung zu; die herrschende Meinung bezieht diese Worte mit Recht auf das Pflichttheilsrecht des Patrons und des parens manumissor. Daß nämlich die actio ad supplendam legitimam auch diesen Fall mitbegriffen habe, wird uns ausdrücklich bezeugt [§ 3 I. de succes. libert. Meines Wissens zuerst Fuhr, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß VII p. 306, beruft sich auf C. 4 § 11 de bonis libertorum und Andere haben sein Citat wiederholt: aber die Worte, welche er als diesem § 11 angehörige anführt, sind nicht da, sondern im § 3 I. cit. zu lesen] und es ist das sachlich ganz begreiflich. [Zwar hatte schon die bonorum possessio contra tabulas des Patrons und des parens manumissor die Funktion, daß man durch sie auch das Mangelnde ergänzen konnte, § 1 I. de successione libert.. aber die Art, wie das zu geschehen hatte, war eine wesentlich verschiedene, welcher gegenüber die actio ad supplendam legitimam zwei bedeutende Vortheile bietet: *a*) Die bonorum pos-

Digitized by Google

des Teſtaments, dieſe haben lediglich die Befugnis, das an ſich gültige Teſtament durch die contra tabulas bonorum possessio zu beſeitigen[6].

b) Wenn irgend ein zu den sui Gehöriger präterirt iſt, ſo iſt das Teſtament ſchlechthin ipso iure nichtig; wenn irgend ein lediglich prätoriſcher Notherbe präterirt iſt, ſo hat die contra tabulas bonorum possessio ſtets ihre volle Wirkſamkeit[7]. Auch hierin liegt eine weſentliche Vereinfachung und zugleich eine weſentliche Verſchärfung des Rechts[8].

---

sessio contra tabulas muß in der, für die bonorum possessio überhaupt gültigen Friſt bei dem Magiſtrat nachgeſucht werden: die actio ad supplendam iſt frei von dieſer Formalität und von dieſer Friſt. *b*) In Folge der bonorum possessio wird man prätoriſcher Miterbe, hat alſo die geſammten Laſten der Erbſchaft zu ſeiner Quote zu übernehmen: die actio ad supplendam iſt einfach eine perſönliche Klage wider den Erben.] Da nun ſeit C. 30 dieſe, den Pflichttheilsberechtigten zum theilweiſen Erben machende, alſo das Teſtament zu einem Theil beſeitigende bonorum possessio in dem betreffenden Fall beſeitiget iſt, ſo läßt ſich mit Juſtinian davon auch ſagen occasionem subvertendae testamentorum dispositionis amputare censemus.

6) Das iſt ſo klar wie irgend möglich in C. 4 § 1 de liberis praet. geſagt. [Sancimus itaque, quemadmodum in successionibus parentum, quae ab intestato deferuntur, aequa lance mares atque feminae voeantur, ita et in scriptura testamentorum eas honorari et similibus verbis exheredationes nominatim procedere et contra tabulas bonorum possessionem talem habere qualem filius suus vel emancipatus, ut et ipsa si fuerit praeterita ad instar filii emancipati vel sui, vel testamentum ipso iure evertat vel per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiatur — —] Nichtsdeſtoweniger hat ſich Theophilus (§ 5 I. de exhered. lib.) zu der Behauptung verleiten laſſen, es ſei gerade durch dieſe Konſtitution der Unterſchied zwiſchen sui und emancipati in der Art beſeitiget worden, daß auch die Präterition der letzteren das Teſtament von ſelber vernichte. Dieſer Irrthum war offenbar nur dadurch möglich, daß der byzantiniſche Juriſt lediglich die, in den Inſtitutionen Juſtinian's gegebene, etwas unklar gefaßte Relation der Konſtitution nachgeleſen, nicht aber dieſe ſelber. Uebrigens erkennt derſelbe Theophilus an einer anderen Stelle (§ 4 I. de bonorum possessionibus) das Fortbeſtehen dieſes Unterſchiedes mit vollkommener Harmloſigkeit ausdrücklich an.

7) C. 4 § 1 de liberis praeteritis.

8) Das zeigt ſich in folgenden Punkten: *a*) Bis auf C. 4 beſchränkte ſich,

Digitized by Google

c) Was den Eintritt der civilen Nichtigkeit betrifft, so entscheidet sich Justinian für die strenge Meinung der Sabinianer, wonach bei dem Vorhandensein präterirter sui iam nati jene unmittelbar mit Errichtung des Testaments beginnt[9].

So viel der Codex. Das Resultat ist demnach, daß Justinian, weit entfernt an dem Bestehen des formellen Notherbenrechts irgend Anstoß zu nehmen, im Gegentheil die Requisite der Form im Allgemeinen gesteigert und ihre Verfehlung mit den strengsten Folgen begleitet hat.

Das ist der Boden, auf welchem jene angeblich räthselhafte Quelle unlösbarer Schwierigkeiten, die viel besprochene und viel berufene hundert und fünfzehnte Novelle im Jahre 542 erwachsen ist[10]. Aber diese Schwierigkeiten liegen, wie ich glaube, nur zu einem Theile in der Novelle selber; ihren hauptsächlichen Grund haben sie meines Dafürhaltens in dem anderen Umstand, daß man in dem Gesetze des sechsten Jahrhunderts die Befriedigung moderner Bedürfnisse glaubte suchen und finden zu müssen. Versuchen wir es, ohne vorgefaßte Meinung den Inhalt der Novelle so weit klar zu legen, als unsere Aufgabe das erfordert.

I. Der erste Schritt der Novelle besteht darin, daß sie die Zahl der formell berechtigten Personen vermehrt. Während nämlich bis dahin ein solches Recht lediglich und allein den Kindern gegenüber

von den Postumen abgesehen, die wegen Präteritio eintretende civile Nullität des Testaments auf die filii sui; denn die filiae suae und die nepotes sui hatten nach civile ius lediglich Akkrescenzrecht. Seit C. 4 bringt die Präteritio auch der letzteren Nullität. [Und eine solche Präteritio liegt nunmehr auch für sie vor, sobald sie nicht nominatim exheredirt sind.] b) Bis auf C. 4 bringt die contra tabulas bonorum possessio nur für die männlichen Nachkommen volle Rescission, dagegen lediglich Akkrescenzrecht für die weiblichen (Antoninus). Seit C. 4 gilt jene vollständige Rescission für alle, auch die weiblichen Nachkommen.

9) p. I. de exheredatione liberorum. Vergl. Abschnitt I Anm. 56.

10) Bei einer so hervorragenden Frage wird es angemessen sein, unter Hinweisung auf die vorzüglichen selbstständigen Bearbeitungen und auf die klaren kritischen Uebersichten von Arndts und namentlich von Bangerow den gegenwärtigen Stand der Litteratur als im Allgemeinen bekannt vorauszusetzen.

Digitized by Google

dem Teſtamente ihres Vaters oder väterlichen Großvaters zuſtand, werden durch die Novelle zu formell Berechtigten erhoben:

1) Die Deſcendenten überhaupt gegen alle Aſcendenten, deren Inteſtaterben ſie geworden wären, alſo, anders als bisher, auch

a) gegen die Mutter,

b) gegen die väterliche Großmutter,

c) gegen die mütterlichen Großeltern u. ſ. w.[11]

2) Die Aſcendenten gegen ihre teſtirenden Deſcendenten, unter der gleichen Vorausſetzung der Berechtigung ab intestato[12].

Bei dieſer Erweiterung des Kreiſes, welcher zu der väterlichen Gewalt überhaupt in keinem Zuſammenhange mehr ſteht, weder in einem unmittelbaren noch in einem mittelbaren, iſt der Einfluß des Pflichttheilsrechtes unverkennbar. In dem neueſten Rechte Juſtinian's erſcheint als formell berechtiget die Geſammtheit Derjenigen, aber auch nur Derjenigen, welche ſchlechthin, d. h. allen eingeſetzten Erben gegenüber, pflichttheilsberechtiget ſind[13].

II. Die Notherben des bisherigen Rechts haben lediglich einen alternativen Anſpruch auf Einſetzung oder Enterbung. Das zweite Moment der in der Novelle angeordneten Neuerungen beſteht darin,

---

11) Im Eingang des dritten Kapitels heißt es: *Θεσπίζομεν τοίνυν, μὴ ἐξεῖναι παντελῶς πατρὶ ἢ μητρὶ, ἢ πάππῳ ἢ μάμμῃ ἢ προπάππῳ ἢ προμάμμῃ τὸν ἴδιον υἱὸν ἢ θυγατέρα ἢ τοὺς λοιποὺς παῖδας* praeteritos *καταλιμπάνειν ἢ ἄπο κληρονόμων ἐν τῇ ἰδίᾳ ποιεῖν διαθήκῃ — —*

12) Kapitel vier beginnt mit folgenden Worten: *Δίκαιον δὲ εἶναι συνεῖδομεν καὶ ἐκ τοῦ ἐναντίου περὶ τῶν διαθηκῶν τῶν παίδων τὰ αὐτὰ μετά τινος διαστίξεως διατυπῶσαι. Θεσπίζομεν τοίνυν μὴ ἐξεῖναι τοῖς παισὶ τοὺς ἰδίους γονεῖς* praeteritous *καταλιμπάνειν ἢ καθ' οἱονδήποτε τρόπον τῶν ἰδίων πραγμάτων, ἐν οἷς ἐξουσίαν ἔχουσι διατίθεσθαι, τούτους παντελῶς ἀλλοτρίους ποιεῖσθαι —*

13) Auf dieſen Zuſammenhang mit dem Pflichttheilsrecht weiſt Kapitel drei ſelbſt hin, wenn es nach den oben angeführten Worten fortfährt: *κἂν εἰ δι' οἱασδήποτε δωρεᾶς ἢ ληγάτου ἢ φιδεϊκομμίσσου ἢ ἄλλου οἱουδήποτε τρόπου τὴν ἐκ τῶν νόμων αὐτοῖς ὀφειλομένην μοῖραν παράσχοιεν.* Dabei iſt es ſehr natürlich, daß die Novelle unter die formell Berechtigten diejenigen Pflichttheilsberechtigten nicht aufnimmt, welche es nicht allen, ſondern nur beſtimmt qualificirten Erben gegenüber ſind, alſo die Geſchwiſter.

daß ſie allen oben genannten Perſonen als Regel geradezu ein Recht gibt auf Erbesernennung[14]. Der Geſichtspunkt, von welchem aus daſſelbe gewährt wird, ſteht in entſchiedenem Zuſammenhang mit der damals geſchichtlich feſtgeſtellten Bedeutung der Inſtitution. Jene ſollen der Regel nach einen geſetzlichen Anſpruch haben auf den in der heredis institutio gelegenen honor[15]; nicht blos der Präterition, auch der Erheredation wird der Charakter einer nicht zu duldenden Beleidigung beigemeſſen[16]. Aus dieſer Auffaſſung und nur aus ihr erklärt ſich zugleich vollkommen die weitere, ausdrückliche Vorſchrift des Geſetzes, daß durch Einſetzung auf eine certa res dem Rechte jener Perſonen genügt werde[17]; der honor institutionis iſt

14) Das wird zuerſt im Cap. III p. und Cap. IV p. in der Negative ausgeſprochen (*μὴ ἐξεῖναι* praeteritous *καταλιμπάνειν*), ſodann geradezu poſitiv in Cap. V: *Εἰ δέ τινες κληρονόμοι ὀνομασθεῖεν* —

15) In dem fünften Kapitel wird auf das, in der Erbeseinſetzung liegende *τιμηθῆναι* entſcheidendes Gewicht gelegt; ebenſo hat die Hinzufügung in Cap. III p., daß die Hinterlaſſung des Pflichttheils von der Pflicht zu inſtituiren nicht befreien ſolle, den gleichen Sinn. Daraus folgt andererſeits, daß der Notherbe in eigener Perſon einzuſetzen ſei, alſo die Einſetzung eines Andern, durch welchen er erwirbt, nicht genüge (vergl. Abſchnitt I Anm. 114). — Uebrigens iſt der hier verwirklichte legislative Gedanke keineswegs abſolut neu, ſeine Anfänge laſſen ſich auf Auguſtus zurückführen: vergl. Abſchnitt I Anm. 49.

16) Juſtinian ſagt im fünften Kapitel: *μία γάρ ἐστι τῆς ἡμετέρας γαληνότητος φρόντις, τὸ τὴν ὕβριν τῆς* praeteritionos *καὶ* exheredationos *τῶν γονέων καὶ τῶν παίδων ἀνελεῖν.* (Damit ſteht in Uebereinſtimmung, daß am Schluß des vierten Kapitels Präterition und Erheredation als gerechte Strafen des Undanks bezeichnet werden.) Uebrigens mag hier beiläufig darauf hingewieſen werden, daß die Worte, deren ſich der Kaiſer im Eingang von Kapitel fünf bedient: *ταῦτα δὲ διετυπώσαμεν, ἵνα καὶ τοὺς γονεῖς καὶ τοὺς παῖδας ἀπὸ τῆς τῶν διαθηκῶν ὕβρεως ἐλευθερώσωμεν* keineswegs, wie namentlich Mühlenbruch anzunehmen ſcheint, auf die Beſeitigung von Allem und Jedem bezogen werden dürfen, was man zu Juſtinian's und zu unſeren Zeiten etwa für testamentorum iniuria zu halten geneigt iſt, daß vielmehr dieſer etwas weit gefaßte Satz durch den bald nachfolgenden, im Eingang dieſer Anmerkung angeführten ſeine Begrenzung erhalte: mithin der Kaiſer lediglich dasjenige Unrecht im Sinn hat, welches man dadurch begeht, daß man dem Notherben ungerechtfertigter Weiſe die Ehre der Inſtitution entzieht.

17) Cap. IV.

Digitized by Google

unabhängig von der Größe des zugewendeten Betrags. Daraus endlich, daß die Betreffenden ein Recht auf Institution haben, löst sich die, in der Novelle nicht berührte Frage, ob der Einsetzung eine Suspensivbedingung beigegeben werden dürfe. Die Potestativbedingung ist deshalb zulässig, weil die unter einer solchen erfolgte Institution nach römischer Auffassung der unbedingten gleichsteht. Dagegen ist die kasuelle verwerflich; denn es kann dem Erblasser nicht gestattet sein, die Verwirklichung des dem Notherben kraft Gesetzes zustehenden Rechts durch seine Willkür vom Zufall abhängig zu machen. Demnach ist — da von Anwendung der Prinzipien des alten formellen Notherbenrechts nicht die Rede sein kann — gemäß dem, für die Erbeseinsetzung allgemein gültigen Grundsatz eine solche Einsetzung als unbedingt erfolgt zu betrachten [18].

III. Aber dieses unbedingte Recht auf Institution haben die genannten Personen nur dann, wenn sie sich bis zum Tode des Erblassers benommen haben, wie es sich gebührt. Im anderen Falle steht ihnen nach dem Ausspruche der Novelle zwar auch ein formelles, aber lediglich ein alternatives Recht zu, darauf gerichtet, daß man sie entweder instituire oder im Testament selbst den Grund angebe, weshalb man das nicht thut [19]. Wird von der letzten Befugnis Ge-

18) Vergl. Bangerow p. 335 und die daselbst angeführten abweichenden Ansichten.

19) *Cap. III p.:* — *μὴ ἐξεῖναι praeteritους καταλιμπάνειν ἢ ἀπο κληρονόμων ἐν τῇ ἰδίᾳ ποιεῖν διαθήκῃ* — — *εἰ μὴ τυχὸν ἀχάριστοι ἀποδειχθεῖεν, καὶ αὐτὰς ὀνομασὶ τὰς τῆς ἀχαριστίας αἰτίας οἱ γονεῖς τῇ ἰδίᾳ ἐγγράψαιεν διαθήκῃ. Cap. III* § 14: *Εἴτε τοίνυν πάσας τὰς εἰρημένας τῆς ἀχαριστίας αἰτίας, εἴτε φανερὰς ἐξ αὐτῶν, εἴτε μίαν οἱανδήποτε οἱ γονεῖς τῇ ἰδίᾳ ἐγγράψαιεν διαθήκῃ, καὶ οἱ γραφόμενοι κληρονόμοι τὴν ὀνομασθεῖσαν ἢ ὀνομασθείσας αἰτίας ἢ μίαν ἐξ αὐτῶν ἀληθῆ εἶναι δείξειαν, τὴν διαθήκην τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχὺν παρακελευόμεθα.* Ebenso heißt es von dem Testamente der Kinder in *Cap. IV p.: εἰ μὴ τὰς αἰτίας, ἃς ἀριθμοῦμεν, ἐν ταῖς ἰδίαις ἰδικῶς ἐγγράψοιεν διαθήκαις* und ferner in § 9 desselben Kapitels: *Εἰ τὰς τοιαύτας τοίνυν αἰτίας, ἢ φανερὰς ἐξ αὐτῶν, ἢ μίαν οἱ παῖδες ἐν ταῖς ἰδίαις γράψαιεν διαθήκαις, καὶ οἱ γραφόμενοι παρ' αὐτῶν κληρονόμοι ἢ πάσας φανερὰς ἢ μίαν ἐκ τούτων ἀποδείξειαν, τὴν διαθήκην ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύι διαμένειν προστάττομεν.* — Sobald ein zulässiger Enterbungsgrund im Testa-

brauch gemacht, so soll es, wie die Novelle ausdrücklich hinzufügt [20], die Sache des eingesetzten Erben sein, die Wahrheit des angeführten Grundes zu erweisen [21].

Daß der Kaiser die ausdrückliche Anführung des Enterbungsgrundes im Testament zu einer formellen Nothwendigkeit erhebt, ist, legislativ betrachtet, sehr begreiflich. Denn wenn, wie wir sicher wissen, das bisherige Recht keine derartige Vorschrift enthielt [22], so wird dieser Mangel in der Praxis der querela inofficiosi testamenti dazu geführt haben, daß in vielen Fällen der Beklagte, um die Abweisung der Klage herbeizuführen, das ganze Leben des Klägers bis in seine intimsten Beziehungen, Wahres und Unwahres miteinander

ment sich vorfindet, ist dem, durch die Novelle begründeten Rechte des Notherben vollständig genügt. Daher kann nunmehr der Erblasser denselben auch unter einer kasuellen Bedingung zum Erben einsetzen, gerade wie jeden Dritten, der kein Notherbenrecht hat (darüber streitet man ohne Grund).

20) Cap. III p. § 14. Cap. IV § 2. 9.

21) Der allgemeine Entwickelungsgang des Notherbenrechts ist überhaupt folgender:

1) Alle Testirenden brauchen schlechthin Niemanden zu berücksichtigen (Recht der Zwölftafeln).

2) Der testirende paterfamilias muß über sein Hauskind ein Urtheil aussprechen, entweder dasselbe ehrend durch Institution oder es verurtheilend durch Exheredation (ius civile nach den Zwölftafeln).

3) Der testirende paterfamilias muß in gleicher Weise ein Urtheil aussprechen über sein emancipirtes Kind (Prätorisches Recht).

4) Ein bestimmter Kreis von der Natur nahe gestellter Personen (Kinder, Eltern, unter Umständen Geschwister) müssen, sofern sie sich gegen den Erblasser benommen haben wie sich gebührt, im Testament eine bestimmte Quote ihres Intestaterbtheils erhalten (Praxis des Centumviralgerichts).

5) Die Gesammtheit der letztgenannten Personen mit Ausnahme der Geschwister erhält ein formelles, je nach der Lage der Sache verschiedenes Recht: a) wenn sie kein Vorwurf trifft, so müssen sie durch Institution geehrt werden; b) im gegentheiligen Falle sind sie entweder zu instituiren oder es ist ein, vom Gesetz anerkannter Grund anzugeben, weshalb das nicht geschieht (Justinian).

22) Den ersten vorbereitenden Schritt werden wir in C. 30 de inofficioso testamento (528) zu erkennen haben. Hier nämlich bestimmt Justinian, daß die a. suppletoria dann ausgeschlossen sein soll, wenn der Erblasser den Notherben im Testament als ingratus ausdrücklich bezeichnet hat.

Digitized by Google

verbindend, in einer, der Absicht des Erblassers selbst widerstrebenden, wahrhaft skandalösen Weise durchmusterte. Dawider liegt in der neuen Bestimmung eine Schranke: das, worauf der Erblasser selber kein Gewicht gelegt hat, kann auch der Erbe nicht aus der heilsamen Dunkelheit hervorholen.

IV. So wenig in dem Rechte der Querel vor der Novelle die Vorschrift bestand, daß der Enterbungsgrund im Testament selber angegeben werden müsse, ebenso wenig war die Frage nach der Zulässigkeit der einzelnen Enterbungsgründe vollständig von den Gesetzen beantwortet, vielmehr unterlag die Sache in den meisten Fällen dem Ermessen des Richters. Wenn nun auch für dieses die Praxis der Jahrhunderte einen bestimmteren Anhalt geboten haben mag: im Allgemeinen war der individuellen Auffassung des einzelnen Richters, ja selbst seiner Willkür, doch keine genügende Schranke gezogen; offenbar am wenigsten aber in dem Orient, wo ein sicherer Zusammenhang mit der italienischen Praxis keinesfalls bestehen konnte. Diese Umstände bewogen den Kaiser, die Enterbungsgründe in der Novelle selber zweifellos festzustellen.

Das Gesetz bediente sich als allgemeiner Bezeichnung für die Gründe der Enterbung überhaupt des Ausdrucks *ἀχαριστία*, und zwar nicht blos für die Gründe, aus denen die Kinder, sondern auch für die anderen, aus denen die Eltern enterbt werden können[23]. Die einzelnen, im Gesetz aufgezählten, sollen hier nicht wiederholt werden[24]. Im Allgemeinen lassen sich die Gründe, aus denen den Eltern die Enterbung der Kinder gestattet wird, unter drei Gesichts-

23) Das ergibt sich namentlich aus Cap. IV § 9. Denn von dem Satze an: *Εἴ τι δὲ κ. τ. λ.* spricht der Kaiser von den Bestimmungen beider, des dritten und des vierten Kapitels, also von Kindern und Eltern zugleich und sagt schließlich ebenfalls von beiden: *Καὶ αὖται μὲν τῆς* exheredationes *ἢ* praeteritionos *αἱ ποιναὶ τό γε εἰς τὰς τῆς ἀχαριστίας αἰτίας κατὰ τῶν εἰρημένων προσώπων διετυπώθησαν.* [Der Ausdruck *αἰτία ἀχαριστίας* ist natürlich eine Abkürzung des Sprachgebrauchs.]

24) Die Novelle ist hier verhältnismäßig klar und unsere Litteratur ausführlich genug.

punkte bringen: a) direkte Verletzung der Person der Eltern[25], b) indirekte Verletzung durch liebloses Benehmen[26], c) indirekte Verletzung durch die Unwürdigkeit der eigenen Persönlichkeit, also dadurch, daß man den Eltern Schande macht[27]. Aehnlich beruhen die den Eltern gegenüber anerkannten Enterbungsgründe: a) auf direkter Verletzung der Pflicht gegen das Kind[28], b) auf indirekter Verletzung des Kindes durch direkte Verletzung des anderen Elterntheils[29], c) auf Unwürdigkeit der eigenen Persönlichkeit[30].

Dabei sah der Kaiser sich veranlaßt, zur Vermeidung von Unsicherheit und Unklarheit ausdrücklich zu verordnen, daß die Enterbungsgründe lediglich und allein aus der Novelle selber sollen entnommen werden dürfen[31]. Der Sinn dieser Vorschrift ist klar: die Bezugnahme auf ältere Gesetze wird verboten, für die Auslegung der Novelle selber aber wird — anders als man namentlich früher anzunehmen geneigt war — überhaupt gar keine besondere Regel gegeben. Daher unterliegt die Novelle ganz denselben Interpretationsregeln wie jedes andere Gesetz. Dabei ist nur ein Punkt besonders

25) Hierher gehören Cap. III § 1. 2. 3. 5. 6. 7. 9; die einzelnen, hier aufgezählten Fälle sind in Wahrheit nur Beispiele für den, in § 2 ausgesprochenen, allgemeinen Grund *βαρεῖα ὕβρις*.

26) Cap. III § 8. 12. 13.

27) Cap. III § 4. 10. 11. 14. Auch die, in dem letzten Paragraphen als Enterbungsgrund anerkannte Ketzerei wird offenbar unter diesen Gesichtspunkt gestellt.

28) Cap. IV § 1. 2. 3. 4. 6. 7.

29) Cap. IV § 5.

30) Cap. IV § 8.

31) Das dritte Kapitel sagt im Eingang: *ἀλλ' ἐπειδὴ τὰς αἰτίας, ἐξ ὧν οἱ παῖδες ἀχάριστοι ὤφειλον κρίνεσθαι, ἐν διαφόροις νόμοις διεσπαρμένας καὶ οὐ φανερῶς εἰρημένας εὕρομεν, ὧν αἱ μὲν οὐδὲ ἄξιαι ἡμῖν πρὸς ἀχαριστίαν ἐδόξαν, ἄλλαι δέ, καίτοι ἄξιαι οὖσαι, παρελείφθησαν, διὰ τοῦτο ἀναγκαῖον εἶναι συνείδομεν ταύτας ὀνομαστὶ τῷ παρόντι νόμῳ περιλαβεῖν, ὥστε παρὰ ταύτας μηδενὶ ἐξεῖναι ἐξ ἑτέρου ἀχαριστίας αἰτίαν ἀντιτιθέναι, εἰ μὴ τὰς τῷ ὕφει τῆς παρούσης διατάξεως περιεχομένας.* Das vierte Kapitel wiederholt diese Vorschrift nicht; dennoch ist von selber klar, daß der gleiche Grundsatz auch für die Testamente der Kinder zu gelten habe.

Digitized by Google

hervorzuheben. Die Tendenz des Kaisers ist wesentlich auf Beseitigung der bestehenden Unsicherheit gerichtet; es kann daher der Interpretation nicht gestattet sein, sei es durch vage Folgerungen aus dem allgemeinen Begriff der ἀχαριστία sei es durch übermäßiges Erweitern des einzelnen, im Gesetz anerkannten Grundes, jenen Zweck des Gesetzes doch wieder zu vereiteln: demgemäß ist insbesondere bei der Anwendung der Analogie große Vorsicht geboten[32].

Uebrigens gibt es hier einige Fragen von praktischer Bedeutung, welche besonders deshalb zweifelhaft sind, weil die Novelle von ihnen schweigt.

1) Kann, wo Verletzung der Person der Eltern den Enterbungsgrund abgibt, der eine Elterntheil enterben, weil der andere verletzt wurde? Diese Frage wird gewöhnlich verneint[33]; ich glaube, daß sie nach dem Geiste des Gesetzes[34] der Regel nach zu bejahen sei. Denn wer in der Gemeinschaft mit Giftmischerei einen Enterbungsgrund sieht — also in einem Fall der allgemeinen Unwürdigkeit, nicht aber der Verletzung der Person des Erblassers — der kann sich nicht füglich bedenken, dem Vater das Recht zuzugestehen, daß er den Sohn deshalb enterbe, weil derselbe der Mutter nach dem Leben getrachtet hat. Ein solches Benehmen ist im Sinne des Gesetzes offenbar ἀχαριστία auch gegen den anderen Theil.

2) Darf der Testator eines bestimmten, bei der Testamentserrichtung noch nicht vorhandenen Enterbungsgrundes in der Art sich bedienen, daß er die Enterbung für den Fall seines späteren Vor-

32) So faßt namentlich auch Vangerow p. 338, 339 die Sache. Nur wenn er darauf besonderes Gewicht legt, daß der Kaiser die einzelnen Ursachen unter besonderen Ziffern anführe, so weiß ich nicht, worauf diese Annahme sich gründet.

33) Vergleiche z. B. Vangerow p. 339 und die daselbst angeführten Schriftsteller.

34) Auf die vom Kaiser gewählten Worte ist für unsere Frage, wenn auch z. B. Mühlenbruch p. 172 anders zu denken scheint, offenbar gar kein Gewicht zu legen; denn an dieselbe nicht denkend, hat jener die Worte auch nicht mit Rücksicht auf sie gewogen.

Digitized by Google

handenseins ausspricht[35]? Gewiß ist richtig, daß Justinian lediglich von solchen Gründen redet, die bei Errichtung des Testaments schon vorhanden waren[36]. Aber damit erledigt sich diese zweite Frage ebenso wenig, als die erste aus den vom Kaiser gebrauchten Ausdrücken sich beantworten ließ; vielmehr wird es auf die Ermittelung des Willens des Gesetzgebers, also darauf ankommen, ob jener Fassung die Absicht zu Grunde lag, die Zulässigkeit noch nicht vorhandener Gründe überhaupt zu beseitigen. Das aber wird man keineswegs schlechthin bejahen können, im Gegentheil ist anzunehmen, daß der Kaiser selber gegen folgende letztwillige Bestimmung nichts würde eingewendet haben: „Meine Tochter, welche wiederholt die Neigung zum Theater kund gegeben hat, schließe ich für den Fall vom Nachlaß aus, daß sie unter die Schauspieler geht." Aber dennoch hat die Sache eine natürliche Grenze: jene Pietät, welche die Basis bildet, gebührt dem Lebenden; unmöglich kann die Meinung des Gesetzes dahin gehen, daß der Enterbungsgrund der Zeit nach dem Tode des Erblassers entnommen werden dürfe[37]. Der Notherbe hat ein im Zeitpunkt des Todes des Erblassers aktiv vorhandenes Recht.

3) Weiter fragt es sich, welche Wirkung hat die dem Betreffenden von dem Erblasser gewährte Verzeihung? Zuerst ist — da der Wille des Verzeihenden zunächst entscheiden muß — überall die Vorfrage zu erledigen: welchen Sinn hat die Verzeihung? Die Antwort wird lauten: keineswegs immer einen und denselben. Allerdings kann ihr die Meinung innewohnen, man verzichte auf den Gebrauch dieses Enterbungsgrundes im Testament: aber es kann auch ihr

35) Man hat mit Recht gegen Mühlenbruch hervorgehoben, daß das mit der anderen Frage, ob die Ausschließung bedingt erfolgen dürfe, keineswegs identisch sei. Nach Anführung eines bestehenden Enterbungsgrundes legt die Novelle der bedingten Ausschließung ebenso wenig ein Hindernis in den Weg, als der bedingten Einsetzung. Freilich wird der in dieser Art bedingt Ausgeschlossene doch nur dann Erbe, wenn er für den umgekehrten Fall zum Erben eingesetzt ist.

36) Darauf legt Bangerow mit Unrecht, wie ich glaube, das entscheidende Gewicht.

37) Das ist auch die herrschende Ansicht.

Digitized by Google

Sinn lediglich der sein, daß man in dem persönlichen Verkehr des Lebens zu vertraulicheren Formen zurückkehren wolle, ohne deshalb seinem Rechte etwas zu vergeben. Da nun Verzichte nicht zu vermuthen sind, so muß im Zweifel die letzte Auslegung gelten und namentlich ganz bestimmt auch dann, wenn ein, im Augenblick der Verzeihung schon vorhandenes, die Enterbung aussprechendes Testament nicht geändert wurde [38]; gerade durch die Nichtzurücknahme des Testaments hat der Testator bewiesen, daß er der Verzeihung nur einen beschränkten Sinn beimaß. Aber auch dann, wenn derselben jener weitere Sinn zu Grunde lag, also wenn der Verzeihende auf sein Enterbungsrecht Verzicht leisten wollte, wird sich fragen lassen, ob er sich nichtsdestoweniger des verziehenen Umstandes zur Begründung der Enterbung bedienen dürfe. Allerdings verneint das unsere gesammte Litteratur, und zwar vorzugsweise deshalb, weil sie die Sache nach der Analogie der Injurie behandelt, bei der es feststeht, daß das Klagrecht verliert, wer darauf verzichtet hat [39]. Dennoch glaube ich, daß diese Verneinung gegen die Prinzipien des römischen Rechts verstoße. Wer nämlich der Verzeihung diese Wirkung beimißt, der befürwortet nicht etwa blos wie in dem vorigen Fall die Beseitigung eines Klagrechts, sondern die Aufhebung des, dem Betreffenden zustehenden Enterbungsrechts, also eine auf dem Weg der Uebereinkunft erfolgende Beschränkung der, durch die objektive Existenz des Enterbungsgrundes dem Erblasser gesetzlich gewährten libertas testamenti faciendi: gerade solche Verträge aber sind bekanntlich nach römischer Auffassung wirkungslos [40].

4) Die letzte Frage lautet: ist bei dem Mangel eines gesetzlichen Enterbungsgrundes der Testator von der Beobachtung der formellen

38) Allerdings ist das nicht allgemein anerkannt. Von den Neueren nimmt z. B. Francke an, daß die gültig vorgenommene Enterbung durch den Akt der Verzeihung von selber vernichtet werde. Die Meisten aber sind anderer Ansicht.

39) Fr. 11 § 1. Fr. 17 § 6 de iniuriis. Vergl. z. B. Puchta in seinen Pandektenvorlesungen.

40) C. 15 de pactis. C. 33 de transactionibus. C. 5 de pactis conventis. C. 4 de inutilibus stipulationibus.

Digitized by Google

Vorschriften des Gesetzes dann entbunden, wenn er dieselben zum Besten des Notherben selber verletzt? Die Novelle schweigt; dagegen behandeln Kodex und Pandekten eine Anzahl von Fällen[41], welche nach der gemeinen Meinung[42] eine Ausnahme im obigen Sinne rechtfertigen. Demgemäß fragt es sich, erstens, ob in dem Recht vor der Novelle die in guter Absicht erfolgende Ausschließung des Notherben unter anderen Grundsätzen stand, als die notae causa vorgenommene, und zweitens, dieses vorausgesetzt, ob nach der Novelle diese Verschiedenheit fortbestehe[43].

Die Zeit vor der Novelle anlangend, so ließ sich, da dem Vater die Wahl zwischen Institution und Exheredation unbedingt frei stand, in dem hier zu erörternden Fall das formelle Recht einfach beobachten durch Exheredation: demgemäß finden wir diese Form hier überall eingehalten, wo ein Recht auf sie begründet war[44]. Aber auch die Regeln des Pflichttheilsrechtes konnten dabei befolgt werden und mußten es daher. Denn, wenngleich hier der Pflichttheil mit con-

41) Die in den Quellen genannten Veranlassungen sind: *a*) Unmündigkeit des Notherben, Fr. 18 de liberis et postumis. Fr. 12 § 2 de bonis libertorum. *b*) Wahnsinn, Fr. 16 de curatoribus furioso. Fr. 12 § 2 cit. *c*) Verschwenderische Lebensweise, Fr. 16 cit. *d*) Der Umstand, daß der Notherbe in der väterlichen Gewalt eines unzuverlässigen Dritten steht, C. 25 de inofficioso testamento. Fr. 16 de b. p. contra tabulas. *e*) Zwar nicht zum Besten des Kindes, aber auch nicht notae causa und daher unter den gleichen Grundsätzen stehend ist die vom Vater deshalb vorgenommene Ausschließung, weil er dem Kinde unter Lebendigen so viel gegeben, als demselben aus dem Nachlasse gebührt und so gegeben, daß das Empfangene in den Pflichttheil eingerechnet werden muß; vergl. Fr. 61 de heredibus instituendis und überhaupt Abschnitt I Anm. 48. — Man hat diese Fälle als eine geschlossene Zahl ansehen wollen; aber wer bedenkt, daß es sich hier um eine, von der Jurisprudenz vorgenommene Entwickelung handelt, der wird in jenen lediglich den besonderen Ausdruck einer allgemeinen Regel erkennen können.

42) Ausführlich vertheidiget von Mühlenbruch, Band 37 p. 391 ff.

43) Das Erste läugnet namentlich Francke § 34, das Zweite Unterholzner im zweiten Bande des Archiv's für civilistische Praxis.

44) Fr. 16 de curatoribus furioso. Fr. 18 de liberis et postumis. Fr. 12 § 2 de bonis libertorum. Nicht entgegensteht Fr. 16 de b. p. contra tabulas; vergleiche Abtheil. II Anm. 54.

Digitized by Google

ditio oder dies zu belasten war[45]: so erwies sich das als gerade nach den Prinzipien des Pflichttheilsrechts vollkommen erlaubt. Während nämlich eine solche Hinzufügung, mala mente gemacht, die inofficiosi actio begründete[46]: war dagegen dieses Rechtsmittel seiner Natur nach dann ausgeschlossen, wenn jene Beschränkung als zum Besten des Notherben selber hinzugefügt erschien; denn es fehlte hier an dem Fundamente der Klage, der Inofficiosität[47].

45) So kann dem Unmündigen zugewendet werden für den Zeitpunkt seiner Mündigkeit, dem Wahnsinnigen für den Fall der Genesung, dem in väterlicher Gewalt Befindlichen für den Fall seines Ausscheidens aus derselben u. s. w.: Stellen der Anmerkung 41. Gemäß seiner oben angeführten Ansicht versucht Francke den Nachweis, daß hier überall der Pflichttheil nicht in außergewöhnlicher Weise belastet sei: vergl. dagegen namentlich Mühlenbruch.

46) Dem Pflichttheilsberechtigten, der sich nach Gebühr benahm, kann der Erblasser sein Recht nicht willkürlich schmälern. Die Hinzufügung einer kasuellen Bedingung ist eine solche Schmälerung, welche im vorjustinianischen Recht die inofficiosi actio zur zweifellosen Folge hat: Fr. 8 § 11 de inofficioso testam. C. 25. C. 32 eod. tit.; Francke § 19. Auch die Hinzufügung eines dies ist eine solche; was zwar Francke p. 426 in Abrede stellen will (vergl. die vorige Anm.), aber meines Erachtens ebenso sehr gegen die Natur der Sache — denn auch in dem dies liegt eine willkürliche Beeinträchtigung des Pflichttheils — wie gegen C. 32 cit., welche bezeugt, daß wegen einer jeden auf den Pflichttheil gelegten dilatio bis dahin der querela inofficiosi Statt gegeben wurde.

47) Dafür entscheidend ist C. 25 de inofficioso testamento. Von dem Fall, wo die Mutter ihre Söhne unter der Bedingung eingesetzt hat, si a patre emancipati fuerint heißt es hier: neque ei nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, sed potius putaverit providendum. Das Gleiche sagt geradezu Schol. Basil. 39, 1, 54. Mühlenbruch p. 411. [Uebrigens scheint auch bei diesem Schriftsteller die volle Erkenntnis des Richtigen noch nicht vorhanden zu sein; er sieht nämlich darin, daß die in guter Absicht erfolgende Belastung des Pflichttheils zulässig ist, eine Ausnahme von der Regel der Unbelastbarkeit. Aber Beides, diese Unbelastbarkeit und jene Belastbarkeit sind einfache und nothwendige Konsequenzen aus der Natur der inofficiosi actio.] Es ist sehr begreiflich, daß der Testator, um die Erben gegen die querela inofficiosi sicher zu stellen, den Grund ausdrücklich angab, aus welchem er den Pflichttheil zum Besten des Berechtigten belastete (Fr. 16 § 2 de curatoribus furioso); aber ein formelles Erfordernis dieser Art hat natürlich zur Zeit der Pandekten für die querela nicht bestanden.

Digitized by Google

Wie verhalten sich nun diese Sätze zu dem Recht der Novelle? Zuerst in einer Beziehung etwas anders; sie sind nämlich mit Beobachtung der neuesten Formvorschriften nicht vereinbar. Denn da es sich hier um Personen handelt, welchen ein gesetzlicher Enterbungsgrund nicht entgegensteht, so haben diese anscheinend einfach ein Recht auf Institution. Das ist der Grund, aus welchem man behauptet hat, das ganze Institut sei durch die Novelle beseitiget [48]. Aber in wie allgemeinen Ausdrücken immer dieses Gesetz die Einsetzung fordern mag [49], so sagt es doch selber ebenso bestimmt, daß sein Zweck in Beseitigung des durch Exheredation oder Präterition begangenen Unrechts zu erkennen sei [50]. Daher beziehen sich ihre Vorschriften nicht auf diejenige Entfernung des Notherben, welche diesem selber zum Besten gereicht [51]: der Kaiser läßt es in dieser Beziehung bei dem bestehenden Recht [52].

V. So viel von den Formenvorschriften der Novelle. Sind dieselben gewahrt, so bietet das Gesetz keinen Grund für die Ungültigkeit des Testaments, es spricht vielmehr ausdrücklich die Gültigkeit desselben für diesen Fall aus [53].

Nun aber ist weiter möglich, daß der Form der Novelle durch

48) Unterholzner a. a. O.

49) Vergl. Anmerkung 14.

50) Vergl. Anmerkung 16.

51) Diese natürliche und sachgemäße Auslegung bringen schon die Schol. ad Basil. 38, 10, 16.

52) Wer annimmt, daß die Kinder dem Vater gegenüber auch noch nach Novellenrecht einen Anspruch auf formelle exheredatio haben, der muß denselben natürlich auch hier gelten lassen. In den übrigen Fällen genügt zweifellos Präterition. — Die ausdrückliche, im Testament erfolgende Angabe des Grundes, weshalb man in guter Absicht enterbe, verlangen die Meisten, auch Mühlenbruch p. 462. Da man jedoch zugibt, daß sie keine formelle Nothwendigkeit sei — denn weder vor der Novelle (Anm. 47) noch in dieser wird die Sache so behandelt — vielmehr jene als die materielle Grundlage für das Urtheil über den rechtlichen Bestand der Disposition ansieht: so muß es genügen, wenn dem Richter der Beweis, daß der Testirer zum Besten des Notherben so verfügt habe, irgendwie (also auch anderswoher als aus dem Testament) erbracht wird.

53) Cap. III § 14; Cap. IV § 9; Cap. V.

Digitized by Google

Institution genügt, dagegen durch Institution auf einen zu geringen Betrag das Pflichttheilsrecht beeinträchtiget werde. Dieses Falls gedenkt die Novelle, das Recht auf Ergänzung des Fehlenden durch die s. g. suppletoria actio ausdrücklich anerkennend[54]. In Bezug auf diese Klage sind ein paar Punkte bestritten. Erstens: nach dem vor der Novelle bestehenden Recht fällt die suppletoria dann weg, wenn der Betreffende im Testament ausdrücklich als ingratus bezeichnet und diese Bezeichnung von dem Erben gerechtfertiget wird[55]. Ist dieses Recht durch die Novelle dahin abgeändert, daß zu dem Behuf die Angabe eines, auf die Novelle sich stützenden Enterbungsgrundes im Testament gefordert wird[56]? Aber die ausdrücklichen Vorschriften der Novelle sind gewahrt und zur Annahme einer stillschweigend erfolgten Aenderung des bestehenden Rechts fehlt es am zureichenden Grunde; denn es ist sehr wohl begreiflich, daß man, wo der Notherbe durch Einsetzung geehrt worden, für den Ausschluß vom Rest des Pflichttheils mit einem geringeren Maße von Förmlichkeit sich begnüge. Nur so viel wird mit Recht zugegeben, daß für die Beantwortung der Frage, wer als ingratus zu betrachten sei, die Gründe der Novelle maßgebend sein müssen; denn es ist ja ein wesentlicher Zweck dieses Gesetzes, den zweifelhaften Begriff der *ἀχαριστία* festzustellen.

Eine zweite Frage lautet: wie ist es zu halten, wenn der Notherbe zum Erben, aber auf weniger als seinen Pflichttheil eingesetzt und von dem Rest ausdrücklich, jedoch ohne Angabe eines Grundes, ausgeschlossen worden ist? Den formellen Anforderungen der Novelle ist offenbar genügt durch den honor institutionis; die ausdrückliche Ausschließung vom Rest aber kann nicht füglich einen andern Erfolg

---

54) *Cap. V: Εἰ δέ τινες κληρονόμοι ὀνομασθεῖεν, κἂν εἰ ῥητοῖς πράγμασιν ἀρκεσθῆναι προσταχθεῖεν, ἐν τούτῳ τὴν μὲν διαθήκην μὴ ἀναιρέπεσθαι προστάττομεν, ὅπερ ἂν ὑπέλαττον αὐτοῖς τῆς ἐκ τῶν νόμων μοίρας καταλειφθῇ, τοῦτο κατὰ τοὺς ἄλλους ἡμῶν νόμους παρὰ τῶν κληρονόμων ἀποπληροῦσθαι.*

55) C. 30 de inofficioso testamento (Iustinianus).

56) Das leugnet z. B. Francke p. 340, während Andere es bejahen.

haben als die ſtillſchweigend vorgenommene: es iſt daher einfach die suppletoria actio begründet [57].

VI. Wenn dagegen wider die Vorſchriften der Novelle im Teſtament gefehlt iſt, ſo ſollen nach Anordnung derſelben beſondere Folgen eintreten, im Allgemeinen darin beſtehend:

1) daß die Inſtitutionen des Teſtaments zuſammenfallen und anſtatt der eingeſetzten Erben die Inteſtaterben berufen werden;

2) daß dagegen die übrigen Diſpoſitionen des letzten Willens in Kraft bleiben.

Da das jedenfalls etwas Anderes iſt als die reine Inteſtatfolge, ſo fragt es ſich, wie der letzte Wille beſchaffen ſein müſſe, um jene zu beſeitigen. Die einfache Antwort lautet: derſelbe muß derartig ſein, daß die Inteſtaterbfolge deshalb als ausgeſchloſſen erſcheint, weil abgeſehen vom Notherbenrecht die teſtamentariſche Erbfolge begründet ſein würde. Darin liegen zwei Anforderungen; einmal, daß ein gültig errichtetes Teſtament vorhanden, ſodann, daß bei dem Tode des Erblaſſers mindeſtens einer der eingeſetzten Erben, welchem deferirt werden kann, am Leben ſei [58]. Dagegen iſt keineswegs erforderlich, daß einer der im Teſtament eingeſetzten Erben die Erbſchaft

57) So die gemeine Meinung. Einzig Puchta (Pandekten § 493) iſt der Anſicht, daß hier gegen die Formvorſchriften der Novelle verſtoßen ſei: aber ſeine Begründung iſt nicht genügend. Er ſagt nämlich: „Wenn ſogar die Hinterlaſſung des ganzen Pflichttheils neben der Enterbung die Anfechtung des Teſtaments nicht ausſchließt, ſo kann es um ſo weniger die theilweiſe Hinterlaſſung.“ Allerdings verfügt Cap. III p. ausdrücklich, daß Präterition oder Exheredation ohne Enterbungsgrund ſelbſt bei Hinterlaſſung des ganzen Pflichttheils nicht genügen ſoll: aber zwiſchen dieſem und dem vorliegenden Fall iſt eben der entſcheidende Unterſchied, daß in dem letzteren das vorhanden iſt, was die Novelle in dem erſten vermißt, die Inſtitution.

58) Darüber ſcheint man im Allgemeinen einverſtanden zu ſein. Die Novelle hat dieſen Satz zur Vorausſetzung, wenn ſie in dem Eintritt der Notherben ein Umwerfen des an ſich beſtehenden Teſtaments (das alſo ohne die Novelle nicht nichtig wäre) erkennt. So Cap. III § 14: *τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης — ἀνατραπεῖσα ἡ διαθήκη*; Cap. IV § 9: *ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης*.

Digitized by Google

angetreten habe: an ihre Stelle treten kraft der Novelle die Intestaterben [59].

VII. So klar der eben hervorgehobene Grundgedanke der Novelle ist, wonach bei Verletzung ihrer Vorschriften mit Beseitigung der durch das Testament Berufenen die Intestaterben an die Reihe kommen sollen: ebenso bestritten ist die Art seiner Verwirklichung. Wollte Justinian an das bestehende Recht sich anschließen, so boten sich ihm drei Muster dar. Zuerst das des civile ius, wonach bei Präterition eines, zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandenen suus der letzte Wille von Anfang an nichtig ist, bei späterem Erscheinen eines präterirten suus aber das an sich gültige Testament zerbrochen wird mit seinem Erscheinen und wonach, wenn überhaupt, die sämmtlichen Intestaterben nach den gewöhnlichen Grundsätzen berufen sind. Das zweite mögliche Vorbild lag in der contra tabulas bonorum possessio: nach dieser ist das Testament an und für sich gültig, allein die präterirten und mit diesen die instituirten Notherben (desgleichen mindestens in einem Fall auch zu den Notherben nicht gehörige, im Testament eingesetzte Personen) haben das Recht, die im Testament eingesetzten Fremden durch jene bonorum possessio

59) Das ist freilich keineswegs unbestritten. Alle Diejenigen, welche die inofficiosi querela als die aus der Novelle hervorgehende Klage ansehen, müssen den Antritt des institutus heres — anders als sie gewöhnlich zu thun pflegen — als ein unbedingtes Erfordernis hinstellen; denn diese Klage ist ausschließlich gegen den eingesetzten Erben, welcher die Erbschaft angetreten, gerichtet (Fr. 10 § 8 de inofficioso testamento. C. 36 § 2 eod. tit.). Aber auch von Denen, welche bei Verletzung der Vorschriften der Novelle Nichtigkeit annehmen, sind einzelne der Ansicht, daß der Antritt der eingesetzten Erben Vorbedingung für den Eintritt des Rechts der Novelle sei; so Mühlenbruch p. 296 gegen Francke p. 391. [Sie besprechen diesen Punkt da, wo er nach ihrer Auffassung vorzugsweise praktisch wird, nämlich für die Frage, ob die Legate kraft der Novelle aufrecht zu erhalten seien oder nicht.] Allein abgesehen davon, daß die Novelle keine solche Anforderung aufstellt und daß die Analogie der contra tabulas bonorum possessio dagegen spricht, ist der Umstand, wie ich meine, ganz entscheidend, daß danach der Eintritt der Novelle von der Vornahme eines nichtigen Aktes — denn ein solcher ist der Antritt des institutus heres nach Mühlenbruch selber — abhängig gemacht wird.

Digitized by Google

ganz zu verdrängen und die Erbschaft mit Ausschluß der erheredirten Notherben so unter sich zu vertheilen, wie wären sie die einzigen Intestaterben; dabei ist ihnen jedoch die Pflicht aufgelegt, gemäß dem edictum de legatis praestandis und seiner Weiterentwickelung einen Theil der letztwilligen Anordnungen anzuerkennen. Endlich waren die Grundsätze der querela inofficiosi testamenti denkbar: auch nach dieser Auffassung ist das Testament gültig, aber den im Pflichttheil Verletzten — und unter ihnen stehen die formell berechtigten Notherben obenan — steht wider die im Testament eingesetzten Erben, welche die Erbschaft angetreten, die Klage auf ihren Intestattheil zu, ohne daß sie davon die im Testament angeordneten Vermächtnisse zu zahlen haben und mit dem möglichen Resultat, daß ein Theil der Erbschaft bei den testamentarischen Erben verbleibe. Das Fundament der Klage ist die Kränkung der Person; daher hat der Kläger zu beweisen, daß ihm Unrecht geschah: und weil demnach die Klage eine Anklage des Erblassers enthält, deshalb wird bei ihr der Kläger besonders ungünstig behandelt [60].

Beurtheilen wir diese drei möglichen Vorbilder zunächst nach unserer heutigen Auffassung von Angemessenheit, so ist es klar, daß das erste als das ungeeigneteste erscheine, weil über seinen Zweck weit hinausgehend, daß ferner den beiden andern ein wesentlicher Vorzug gemein sei, insofern das Testament nicht von selber nichtig, sondern nur durch den Verletzten anfechtbar, daß endlich die contra tabulas bonorum possessio durch das edictum de legatis praestandis, die querela inofficiosi testamenti aber durch den Grundsatz sich empfehle, daß sie auch dem eingesetzten Fremden unter Umständen einen Theil der Erbschaft beläßt. Was den Gang unserer Litteratur betrifft, so finden wir seit der Zeit der Glossatoren zwei Hauptan-

60) Daher *a*) die Subsidiarität der Klage (der im Pflichttheil verletzte, formell berechtigte Notherbe hat die Klage nur, wenn seinem formellen Recht durch das Testament genügt ist), *b*) ihre kurze Verjährungsfrist, *c*) kein Uebergang der Klage auf die Erben, *d*) Verlust des im Testament Zugewendeten bei unbegründeter Klage.

Digitized by Google

sichten[61]. Nach der einen erscheint der gegen die Novelle verstoßende letzte Wille von selber als nichtig und es haben daher die hereditatis petitio (sei es ex testamento oder ab intestato) Diejenigen, welchen sie zusteht ohne diesen letzten Willen. Nach der anderen ist das Testament gültig, aber anfechtbar durch den Verletzten mittelst der querela inofficiosi testamenti. Aber so bedeutende Auktoritäten auch in früherer Zeit die zweite Ansicht vertreten haben, die neuere Litteratur konnte sich fast einstimmig[62] der Ueberzeugung nicht verschließen, daß nicht die inofficiosi actio, sondern die gewöhnliche hereditatis petitio ab intestato die Klage der Novelle sei.

Für die Richtigkeit dieser herrschenden Auffassung spricht einmal die allgemeine Natur des Falls. Es handelt sich nämlich in erster Linie um Nichteinhaltung einer wesentlichen Form[63]. Nun aber bringt der Mangel einer solchen nach civiler Regel Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, nicht Rescissibilität. Und daß auch in dem vorliegenden Falle diesem allgemeinen Grundsatz entsprochen werde, dafür beweist ganz entscheidend die Novelle selber, so weit sie sich überhaupt ausspricht; denn nach ihr soll

a) die Verletzung der Vorschriften der Novelle schlechthin nicht erlaubt sein[64];

61) Darüber, daß von der bonorum possessio contra tabulas nicht die Rede sein könne, war man von jeher einig.

62) Für die querela entscheidet sich in der neuesten Zeit wieder Brinz, Pandekten II p. 744, aber ohne wesentlich neue Gründe anzuführen.

63) Man hat zwar häufig (neuerdings wieder Brinz) behauptet, die Novelle lege das Hauptgewicht auf die Inofficiosität; eine Ansicht, wonach die materielle Entwickelung der Enterbungsgründe Justinian's Hauptaufgabe gewesen wäre. Das halte ich jedoch aus doppeltem Grunde für unzulässig: *a*) Das erste Recht, welches die Novelle als allgemeine Regel gewährt, ist das auf Erbeseinsetzung, also ein rein formelles Recht, bei dessen Hintansetzung das, was man für die Querel officium nannte, vollkommen gewahrt sein kann; vergl. Cap. III p. *b*) Auch wenn in zweiter Linie der Notherbe seiner eigenen Schuld wegen lediglich ein alternatives Recht hat, ist dieses formaler Natur: nicht die Existenz des Enterbungsgrundes ist hinreichend, sondern es ist seine Anführung im Testament eine formelle Nothwendigkeit.

64) *Cap. III p.: Θεσπίζομεν τοίνυν, μὴ ἐξεῖναι παντελῶς πατρὶ — παῖ-*

Digitized by Google

b) ein solches Testament soll in Bezug auf die Erbeseinsetzung keine Kraft haben [65];

c) es soll Intestaterbfolge eintreten [66].

Aus diesen, keinem Zweifel Raum gebenden Ausſprüchen erhalten zugleich diejenigen Sprachwendungen des Kaisers ihre vollständige Erklärung, welche allein stehend eine doppelte Deutung zulassen, also mit Rescissibilität sich vertragen würden [67].

---

das praeteritos *καταλιμπάνειν ἢ ἄπο κληρονόμων ἐν τῇ ἰδίᾳ ποιεῖν διαθήκῃ — — Cap. IV p.: Θεσπίζομεν τοίνυν μὴ ἐξεῖναι τοῖς παισὶ τοὺς ἰδίους γονεῖς* praeteritous *καταλιμπάνειν ἢ καθ' οἱονδήποτε τρόπον τῶν ἰδίων πραγμάτων, ἐν οἷς ἐξουσίαν ἔχουσι διατίθεσθαι, τούτους παντελῶς ἀλλοτρίους ποιεῖσθαι —*

65) *Cap. IV* § 9: *Εἰ δὲ ταῦτα μὴ παραφυλαχθείη, μηδεμίαν δύναμιν τὴν τοιαύτην διαθήκην, τόγε εἰς τὴν ἔνστασιν τῶν κληρονόμων, ἔχειν θεσπίζομεν, ἀλλὰ ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης τοὺς ἐξ ἀδιαθέτου εἰς τὴν τοῦ τελευτήσαντος κληρονομίαν καλοῦμεν* — Die durch die Novelle verallgemeinerte, frühere kaiserliche Entscheidung eines einzelnen Falles lautete ebenfalls: *τὸν μὲν τοιοῦτον χάρτην κατ' οὐδένα τρόπον κρατεῖν.*

66) Cap. III § 14: — *εἰς τὴν τῶν γονέων κληρονομίαν τοὺς παῖδας ἐξ ἀδιαθέτου ἐξ ἴσης μοίρας ἔρχεσθαι* — Cap. IV § 9 (siehe die vorige Anmerk.). Zwar findet Brinz diese Bestimmung in vollem Einklang mit dem Rechte der querela, aber ihm selbst entgeht natürlich nicht, daß der einfache Eintritt der Intestatfolge keineswegs immer das Resultat dieser Klage sei.

67) Dahin gehört eigentlich allein der Ausdruck in Cap. IV § 9: *ἀνατρεπομένης τῆς διαθήκης*, welchen die Vulgata durch rescisso testamento überträgt und auf welchen man sich gerade dieser Uebersetzung wegen für den Satz berufen hat, daß das Testament nicht an sich nichtig sei, vielmehr erst durch die Querel rescindirt werden müsse. Aber abgesehen davon, daß es bei dem Ausdruck rescindere wesentlich auf das rescindirende Subjekt ankommt, so daß, wenn dieses das Gesetz selber ist, von selber Nichtigkeit eintritt (Ulp. I, 1, 2; Gai. I, 46; Fr. 5 § 2 qui et a quibus; Fr. 64 § 1 de condit. et demonstr.: ipso iure rescindi), daß überdies die Vulgata schwerlich einen prägnanten Sinn mit diesem Ausdruck verbinden wollte [sie überträgt im fünften Kapitel das *ἀνατρέπεσθαι* des Originals durch solvi]: so ist schon die Verbindung, in welcher der fragliche Passus vorkommt, über seinen Sinn entscheidend; denn daraus ergibt sich, daß er lediglich eine Variante sei für das vorhergehende *μηδεμίαν δύναμιν ἔχειν* (Anm. 65). — Daß die Ausdrucksweise in Cap. III § 14: *τῆς διαθήκης ἀκυρουμένης* (Vulg.: testamento evacuato) noch weniger Schwierigkeit darbiete, im Gegen-

Digitized by Google

Da demnach Nichtigkeit des Teſtaments die Folge eines jeden Verſtoßes wider die Novelle iſt, ſo kann lediglich die hereditatis petitio zuſtändig ſein, nicht querela inofficiosi testamenti, nicht bonorum possessio contra tabulas: denn dieſe beiden ſind eben nur Mittel zur Reſciſſion.

Aber wenn auch, wie geſagt, über dieſe Grundfrage heutzutage in der Hauptſache Einigkeit beſteht[68], ſo iſt doch die Art der Ausführung im Einzelnen ſehr beſtritten.

Zwei Fragen ſind es, um welche es ſich hier vorzugsweiſe handelt, der Zeitpunkt des Eintritts der Nichtigkeit und der Umfang der eingetretenen.

Die eine Meinung (Brandis, Heumann, Vangerow) ſagt: das die Notherben im Sinne der Novelle verletzende Teſtament iſt hinſichtlich der Erbeseinſetzungen von dem Zeitpunkte an

---

theil für den ſelbſtſtändigen Eintritt der Nichtigkeit ſich anführen laſſe, folgt daraus, daß hier nur das Geſetz als wirkendes Subjekt gedacht werden kann.

68) Denn eine, ebenfalls der Gloſſatorenzeit entſtammende und noch von Haubold und Puchta vertretene Mittelmeinung, wonach, wenn der Enterbungsgrund nicht angegeben iſt, Nichtigkeit, wenn dagegen ein unwahrer im Teſtament vorgeſchützt wurde, Anfechtbarkeit durch die querela inofficiosi vorhanden ſein ſoll: hat doch kaum mehr für ſich als den Schein der Konſequenz. Dieſen inſofern, als hier Nullität bei formellem Verſtoß, die Zuläſſigkeit der Querel dagegen bei formgerechtem aber materiell liebloſem Teſtamente angenommen wird. Dawider ſpricht ganz entſcheidend, daß die Novelle gerade da, wo ſie die Nichtigkeit des Teſtaments als die Folge der Nichtbeobachtung ihrer Vorſchriften beſtimmt (Cap. III § 14), des Falls des, mit Unrecht angeführten Enterbungsgrundes ausdrücklich gedenkt (*ὥστε μὴ τοὺς παῖδας πεπλασμέναις κατηγορίαις καταχρίνεσθαι ἢ τινα περιγραφὴν ἐν ταῖς τῶν γονέων περιουσίαις ὑπομένειν*), ohne für ihn eine andere Beſtimmung zu treffen als für den der verletzten Form. Nun führt zwar Puchta (Pandekten § 493) zu Gunſten jener Unterſcheidung an, Juſtinian ſetze überall nur die Wirkung, nicht den Weg feſt, auf dem ſie herbeizuführen ſei; dieſen nach den, in der juſtinianiſchen Geſetzgebung gegebenen Begriffen feſtzuſtellen, ſei Sache der Jurisprudenz. Aber gerade das iſt zu bezweifeln, daß eine geſunde Jurisprudenz in dieſer Art unterſcheiden würde. Da nämlich die Querel die dem Notherben ſehr weſentlich ungünſtigere Klage iſt, ſo kommt man auf ſolchem Wege zu dem Reſultat, daß der von dem Erblaſſer verleumdete Notherbe ſchlechter geſtellt wäre als der blos vergeſſene.

Digitized by Google

nichtig, in welchem die Verletzung vorliegt; also bei nicht gehöriger Berücksichtigung eines, zur Zeit des letzten Willens vorhandenen Notherben, mit seiner Errichtung, bei späterem Erscheinen desselben mit dem Erscheinen. Daraus folgt:

a) Wenn kein früheres Testament vorhanden ist, so sind bei dem Tode des Erblassers einfach die Intestaterben gerufen; gleichgültig, ob der verletzte Notherbe noch am Leben ist oder nicht; gleichgültig, ob jene in dem nichtigen letzten Willen enterbt waren oder nicht; gleichgültig endlich, ob die nunmehr berufenen Intestaterben Notherben sind oder nicht.

b) Wenn dagegen ein früher errichtetes Testament vorliegt, so ist zu unterscheiden: sofern nämlich der spätere letzte Wille bei seiner Abfassung vorhandene Notherben nicht berücksichtiget, bleibt jenes Testament deshalb unberührt, weil das spätere rechtlich kraftlos ist; sofern dagegen die im späteren Testament nicht berücksichtigten Notherben erst nach der Errichtung desselben erscheinen, so ist das frühere Testament durch das zweite, weil gültig errichtete, vernichtet, das zweite hinwiederum wird aufgehoben mit dem Erscheinen des Notherben, es tritt also Intestatfolge ein.

Eine zweite Ansicht geht dahin, daß für die Frage der Nichtigkeit der Erbeseinsetzungen niemals der Zeitpunkt der Errichtung des Testaments, sondern der spätere der Delation aus demselben maßgebend sei (Bluntschli, Francke, Mühlenbruch). Diese Auffassung führt zu folgenden Konsequenzen:

a) Das die Notherben nicht berücksichtigende Testament ist in jedem Falle gültig errichtet (ein früher errichtetes wird also stets beseitiget).

b) Dasselbe bleibt gültig, wenn die nicht berücksichtigten Notherben vor dem Tode des Erblassers wegfallen.

c) Es wird ipso iure ungültig, wenn die im Augenblick des Todes des Erblassers vorhandenen Notherben im Testament nicht so berücksichtiget sind, wie die Novelle das fordert.

d) In Folge dieser nachträglichen Ungültigkeit tritt Intestaterbfolge ein.

Digitized by Google

e) Die Frage, welche Wirkung der Verzicht des verletzten Notherben auf die Gültigkeit des Testaments habe, ist unter den Vertheidigern dieser zweiten Ansicht selbst bestritten; nach Francke (p. 386) bewirkt derselbe die Gültigkeit des Testaments, nach Mühlenbruch (p. 271 ff.) ist er in dieser Beziehung indifferent, also nicht im Stande, die Intestatfolge zu beseitigen. Das Letzte wird richtig sein, und zwar einfach deshalb, weil gemäß der hier entscheidenden Grundauffassung der Verzicht nach erfolgter Delation zu geschehen hat, also der Verzicht eines Intestaterben auf seinen Intestaterbtheil vorliegt, ein Akt, der nicht im Stande sein kann, ein ungültig gewordenes Testament wieder gültig zu machen und auf diese Weise die erfolgte Delation an die Intestaterben wieder aufzuheben[69].

Endlich eine dritte, von Puchta (Pandekten §. 493) vertretene Ansicht, noch einen Schritt weiter gehend, als die eben besprochene,

a) läßt die Nichtigkeit der Erbeseinsetzung erst dann eintreten, wenn nach erfolgter Delation der verletzte Notherbe die Erklärung abgibt, von seinem Recht Gebrauch machen zu wollen[70];

b) und betrachtet als ab intestato gerufen lediglich die unrechtmäßig ausgeschlossenen, desgleichen die zu Erben eingesetzten Notherben; den gehörig enterbten dagegen stehe der Wille des Erblassers auch jetzt noch entgegen.

Von diesen drei Meinungen halte ich die erste für die Justinian's. Nicht etwa weil, wie man vielfach sagt, die relative

69) Dagegen kann auch der Umstand nichts bedeuten, daß, wie Francke sagt, nunmehr der testamentarische Erbe den Willen Beider für sich hat, den des Erblassers und den des Notherben. Denn abgesehen davon, daß das Letztere nicht vollkommen richtig erscheint, weil dem Verzichte an sich lediglich die negative Richtung innewohnt, nicht Erbe sein zu wollen, so kommt es überhaupt nicht auf die Summe dieser beiden Willen, sondern darauf an, daß man das Gesetz für sich habe.

70) Auch nach dieser Ansicht erfolgt die Nichtigkeit des Testaments insofern ipso iure, als sie kraft Gesetzes und nicht erst durch die Vermittelung eines Richterspruchs herbeigeführt wird. Puchta nennt das Rescissibilität und auch diese Bezeichnungsweise entspricht dem römischen Sprachgebrauch; vergl. Anm. 66.

Nichtigkeit eine juristische Inkonsequenz wäre; denn es ist ganz unzweifelhaft, daß das Gesetz so hätte verordnen können, hätte es anders gewollt. Ich bin vielmehr dieser Ansicht, weil ich sie in der Novelle selbst unzweideutig ausgesprochen finde. Wenn Justinian, wie wir oben sahen, sagt, das Testament habe in einem solchen Falle keine Kraft und es trete Intestaterbfolge ein; derselbe Justinian, welcher sich veranlaßt gesehen, in den Institutionen für die strenge Meinung der von Anfang an eintretenden Nichtigkeit sich zu entscheiden[71]: so scheint es vollkommen klar, daß er auch hier seiner früheren Auffassungsweise treu bleibend mit Bewußtsein gesprochen hat, wie er sprach. So unzweideutigen Aussprüchen gegenüber ist Mühlenbruch's und Puchta's Hinweisung auf das Recht der bonorum possessio offenbar unzulässig; denn diese ist eben ein Mittel zur Rescission eines an sich gültigen Testaments. Desgleichen erscheint es als ein schwaches Auskunftsmittel der Gegner, wenn sie sich auf die Worte in Cap. III § 14 berufen: *μηδὲν γίνεσθαι πρόχριμα τοῖς ἄπο κληρονόμων γραφεῖσι παισίν*; denn wenn auch hier als Zweck hingestellt wird, daß den betreffenden Notherben kein Nachtheil zugefügt werde[72]: so ist doch unmittelbar in den nächsten Worten das Mittel angegeben, wodurch dieser Zweck erreicht werden soll und es ist gar nicht besonders zu verwundern, wenn das von der Novelle angewendete Mittel gerade so über seinen nächsten Zweck hinausgeht, wie das des Rechts vor der Novelle. Alle die verschiedenen, entgegengesetzten Meinungen haben, wie ich glaube, einen nicht in dem Gesetz, sondern außer demselben gelegenen Grund. Sie entstammen nämlich der richtigen Erkenntnis, daß die Grundsätze der bonorum possessio contra tabulas sowohl als die der actio inofficiosi die angemesseneren sein würden: da jedoch die An-

71) Vergl. Anmerkung 9.

72) Im Grunde derselbe Gedanke, welchen das fünfte Kapitel zwei Mal und zwar so ausspricht: *Ταῦτα δὲ διετυπώσαμεν ἵνα καὶ τοὺς γονεῖς καὶ τοὺς παῖδας ἀπὸ τῆς τῶν διαθηκῶν ὕβρεως ἐλευθερώσωμεν. — — μία γάρ ἐστι τῆς ἡμετέρας γαληνότητος φροντίς, τὸ τὴν ὕβριν τῆς* praeteritionos *καὶ* exheredationos *τῶν γονέων καὶ τῶν παίδων ἀνελεῖν.*

Digitized by Google

wendung dieſer den Ausſprüchen des Kaiſers gar zu offenkundig widerſpricht, ſo macht man den Verſuch, die Vorzüge jener auf einem Umwege dennoch in das Geſetz hineinzuinterpretiren und inſofern iſt Puchta der konſequenteſte.

VIII. Aehnlich wie die Wirkung der contra tabulas bonorum possessio durch das edictum de legatis praestandis beſchränkt wurde, ſo ſah ſich Juſtinian veranlaßt, jene Ungültigkeit der Erbeseinſetzungen nicht auf das ganze Teſtament wirken zu laſſen. Ueber das, was aufrecht zu erhalten ſei, ſpricht ſich die Novelle zweimal, und zwar vollſtändig übereinſtimmend aus. Sie nennt ausdrücklich die Legate und die Fideikommiſſe, die Freiheitsertheilungen, die Vormundsbeſtellungen und fügt Dem in allgemeinem Ausdruck alle übrigen letztwilligen Anordnungen hinzu[73]. So klar das zu ſein ſcheint, ſo knüpfen ſich daran doch einige beſtrittene Fragen.

1) Sind unter den aufrecht zu erhaltenden Vermächtniſſen auch diejenigen mitbegriffen, welche dem Notherben zugedacht ſind, wegen deſſen Verletzung die Inſtitutionen zuſammenfielen? Während das die Einen leugnen (Bluntſchli, Francke), bejahen es die Andern (Mühlenbruch, Arndts, Vangerow). Das Hauptargument der Erſteren beſteht in der Analogie der contra tabulas bonorum possessio; hier ſo wenig wie dort, ſagt man, könne wer das Teſtament als nichtig angefochten, das ihm in demſelben angefochtenen Teſtamente Zugewendete beanſpruchen. Aber die Analogie trifft nicht zu, weil im Falle der Novelle die Nichtigkeit der Inſtitutionen nicht, wie dort, als Folge eines Willensaktes, der Impugnation des Verletzten, ſondern kraft geſetzlicher Vorſchrift eintritt.

---

73) *Cap. III* § 14: *Εἰ μέντοι γε συμβαίη ἐν τισι τοιαύταις διαθήκαις ληγάτα τινὰ ἢ φιδεϊκόμμισσα ἢ ἐλευθερίας ἢ ἐπιτρόπων τινὰς δόσεις καταλειφθῆναι, ἢ ἄλλα οἱαδήποτε κεφάλαια τοῖς νόμοις ἐγνωσμένα ὀνομασθῆναι, ταῦτα πάντα κελεύομεν πληροῦσθαι καὶ δίδοσθαι ἐκείνοις, οἷς κατελείφθη, ὡς εἰ κατὰ τοῦτο τὸ μέρος μὴ ἀνατραπεῖσα ἡ διαθήκη ἐκράτει.* — — *Cap. IV* § 9: — *τῶν ληγάτων δηλονότι, εἴτε φιδεϊκομμίσσων, καὶ ἐλευθεριῶν, καὶ τῶν δόσεων τῶν ἐπιτρόπων, καὶ τῶν ἄλλων κεφαλαίων, καθάπερ ἀνωτέρω εἴρηται, τὴν ἰδίαν ἐχόντων ἰσχύν.*

Digitized by Google

Für die Bejahung der Frage ſpricht der Buchſtabe des Geſetzes. Dieſen einer reſtriktiven Interpretation zu unterwerfen, dazu fehlt es am zureichenden Grunde; denn wenngleich ſelbſt Mühlenbruch die Billigkeit auf der Seite der Verneinenden glaubt finden zu müſſen, ſo wird das dennoch in Abrede zu ſtellen ſein. Daß dem im Teſtament eingeſetzten, nunmehr als Inteſtaterben berufenen Notherben die Legate verbleiben, beſtreitet Niemand: nun aber iſt es offenbar ein Grundgedanke der Novelle, es ſolle die Stellung der, durch den Erblaſſer verletzten Notherben nicht ſchlechter ſein als die der nicht verletzten.

2) Welche Klage den mit Vermächtniſſen Bedachten zuſtehe, iſt ebenfalls nicht unbeſtritten. Es gibt Schriftſteller, welche jene für eine condictio ex lege erklären; bei weitem die Mehrzahl aber hält ſie für die gewöhnliche, mit dem Vermächtnis überhaupt verbundene Klage und ſpricht demgemäß dem ſo Berechtigten alle Rechte des Vermächtnisnehmers (Pfandrecht u. ſ. w.) zu. Die Richtigkeit dieſer zweiten, natürlichen Auffaſſung ergibt ſich unmittelbar aus der Novelle, wenn ſie an der erſten, hierher gehörigen Stelle ſagt, es ſolle dergleichen gerade ſo erfüllt werden, wie wenn das Teſtament nicht beſeitiget wäre, und an der zweiten ohne Weiteres ausſpricht, daß dieſe Anordnungen ihre Kraft behalten. Nur ſo viel wird ſich allenfalls behaupten laſſen, daß dieſe Klage, weil an die Stelle des durch den Teſtator Onerirten ein anderer durch das Geſetz geſtellt wird, gemäß der, in Kapitel drei gebrauchten Wendung (*ὡς εἰ κατὰ τοῦτο τὸ μέρος μὴ ἀνατραπεῖσα ἡ διαθήκη ἐκράτει*) als utilis actio zu betrachten ſei; aber es iſt das freilich eine, für das juſtinianiſche Recht ziemlich müßige Unterſcheidung. — Für diejenigen Vermächtniſſe, welche den nunmehr ab intestato Berufenen zugewendet ſind, folgt aus dem eben Entwickelten, daß ſie die Natur der Prälegate haben.

3) Endlich was ſind die aufrecht zu erhaltenden *ἄλλα οἱαδήποτε κεφάλαια*? Darüber, daß nicht etwa die gewöhnlichen Subſtitutionen darunter begriffen ſeien, iſt man einig; denn es ſollen ja die Inteſtaterben an die Reihe kommen. Auch in dem Punkte iſt

Digitized by Google

man so gut wie einverstanden, daß die Pupillarsubstitution in Kraft bleibe; sie hindert die vorgeschriebene Intestatfolge nicht und es ist ihr Bestand mit dem Zweck der Novelle vollkommen verträglich. Wenn dagegen einzelne Stimmen (Warnkönig, Mayer, Heumann, Puchta) so weit gehen, auch die in dem ungültigen Testament ausgesprochenen Enterbungen als unter den aufrecht zu erhaltenden Kapiteln mitbegriffen hinzustellen, so ist mit Recht entgegen gehalten worden, einmal daß die Novelle lediglich von solchen letztwilligen Anordnungen spricht, welche den Vortheil des Bedachten bezwecken (*ταῦτα πάντα κελεύομεν πληροῦσθαι καὶ δίδοσθαι ἐκείνοις, οἷς κατελείφθη*) und dann, daß das Gesetz mit Beseitigung der testamentarischen einfach die Intestaterben beruft, also mit Einschluß der Erheredirten.

IX. Zum Schluß bleibt eine viel besprochene Frage zu beantworten: wie verhält sich das Recht der Novelle zu dem vor ihr gültigen formellen Rechte der sui und der emancipati?[74]

Einige wenige Stimmen gibt es, welche behaupten, jene Formenvorschriften des früheren Rechtes seien durch die Novelle auf Alle ausgedehnt worden, welche durch dieses Gesetz Notherbenrecht erhielten, also auf die Descendenten und die Ascendenten überhaupt[75]. Aber man wird sagen dürfen, daß diese, nicht die leiseste Andeutung der Novelle für sich habende Ansicht heutzutage als beseitiget zu betrachten sei[76]. Die allein streitige Frage lautet daher: haben die sui und die emancipati als Notherben ihres Vaters ganz dasselbe und nur dasjenige Recht, welches den Descendenten überhaupt und den Ascendenten durch die Novelle gewährt ist, oder genießen sie auf Grund des alten Rechts eine bevorzugte Stellung?

Bekanntlich bestehen darüber drei Hauptmeinungen, von denen eine jede bedeutende Auktoritäten aus alter oder neuer Zeit für sich anführen kann.

74) Die Litterärgeschichte dieser bestrittenen Frage ist durch die Darstellungen von Bluntschli und Mühlenbruch in vollkommen klares Licht gestellt.

75) Puchta, Pandekten § 493, Heumann a. a. O. p. 246 ff.

76) Vergleiche dagegen besonders Vangerow p. 355.

Digitized by Google

Nach der einen (Cujaz, Wangerow) gilt dieses alte formelle Recht vollkommen nach wie vor, so daß die Genannten den Vorzug eines zweifachen Rechtes genießen, nämlich

a) den Anspruch auf Beobachtung der alten Form (also entweder gehörige Institution oder gehörige Exheredation), in deren Ermangelung, wenn es sich um sui handelt, nach den Satzungen des civile ius das gesammte Testament nichtig ist, während verletzte emancipati lediglich wider das an sich gültige Testament bonorum possessio nachzusuchen befugt sind;

b) den Anspruch auf die Beobachtung der Form der Novelle (also Institution oder die Angabe eines erweislichen Enterbungsgrundes), bei deren Verfehlung die von der Novelle vorgeschriebenen Folgen einzutreten haben.

Nach einer direkt entgegengesetzten Ansicht (Francke, Bluntschli, Arndts) sind die fraglichen Formenvorschriften des bisherigen Rechts durch die Novelle schlechthin aufgehoben, so daß von civiler Nichtigkeit des Testaments wegen Präterition eines suus und von prätorischer Anfechtbarkeit bei Präterition eines emancipatus nicht mehr die Rede ist, vielmehr diese, wie alle anderen Notherben lediglich ein Recht aus der Novelle haben, also entweder einzusetzen oder durch einfache Angabe eines gesetzlichen, in der Wahrheit begründeten Enterbungsgrundes zu entfernen sind.

Endlich eine Mittelmeinung (Mühlenbruch) geht dahin, daß für die sui und die emancipati zwar das Recht auf Beobachtung der alten Form neben dem Rechte aus der Novelle noch bestehe, daß aber in jedem Falle (also bei dem Verstoß wider die alte Form ebenso gut wie bei dem gegen die Vorschriften der Novelle) lediglich die von der Novelle angeordneten Folgen einzutreten haben, mithin niemals die altcivile Nullität, niemals contra tabulas bonorum possessio.

Von diesen verschiedenen Auffassungen hat meines Erachtens die letzte am wenigsten für sich. Sie trägt den Charakter eines jener Vermittelungsversuche, welche der Regel nach Niemanden befriedigen. Entweder Justinian hat, mit der Vergangenheit brechend, die

Digitized by Google

innerlich unbegründete Bevorzugung der sui und der emancipati beseitigen wollen: dann sind auch diese Formen gefallen. Oder er hat jenen ihre bevorzugte Stellung zu lassen beabsichtiget: dann haben sie auch die Rechtsmittel des alten Rechts. Diese halbe Meinung würde einer vollen und ganzen Unterstützung durch den klaren Ausspruch der Novelle bedürfen. Mühlenbruch weiß dafür in der Hauptsache[77] nichts anzuführen, als die zwei Mal (Cap. III § 14 und Cap. IV § 9) wiederkehrenden, die Folgen des Verstoßes wider die Novelle einleitenden Worte: *Εἰ δὲ ταῦτα μὴ παραφυλαχθείη*; diese nämlich umfassen, so behauptet er, ebenso die Verstöße wider die Formen des alten Rechts wie die gegen die Novelle. Aber so zu argumentiren ist geradezu unzulässig. Das entscheidende *ταῦτα* muß natürlich aus dem Zusammenhange der Rede erklärt werden. Daß nun Justinian dabei lediglich und allein an die Vorschriften seiner Novelle (also entweder Einsetzung oder Angabe des Enterbungsgrundes) gedacht habe, ist in Cap. IV § 9 Jedem klar, der das Ganze liest[78] und in Cap. III § 14 zeigt das Gleiche nicht blos der Zusammenhang, sondern auch der Ausdruck[79]. Es hat also der

77) Denn die außerdem vorgebrachte Berufung auf die derogatorische Klausel in Cap. IV § 9 ist doch gar zu dürftig. Wenn es nämlich da heißt „*Εἴ τι δὲ περὶ ληγάτου ἢ φιδεϊκομμίσσου ἢ ἐλευθεριῶν ἢ ἄλλων οἱωνδήποτε κεφαλαίων ἐν ἄλλοις νόμοις εὕρεθείη, ταύτῃ τῇ διατάξει ἐναντίον, τοῦτο κρατεῖν καὶ οὐδένα βουλόμεθα τρόπον*“ so ist zwar klar gesagt, daß dem Bestand der Legate u. s. w. etwa entgegenstehende ältere Gesetze keine Kraft haben sollen: aber darüber, auf welchen Fall die Vorschrift der Novelle sich beziehe, auch nicht das Geringste entschieden.

78) *Εἰ τὰς τοιαύτας τοίνυν αἰτίας, ἢ φανερὰς ἐξ αὐτῶν, ἢ μίαν οἱ παῖδες ἐν ταῖς ἰδίαις γράψαιεν διαθήκαις, καὶ οἱ γραφόμενοι παρ' αὐτῶν κληρονόμοι ἢ πάσας φανερὰς ἢ μίαν ἐκ τούτων ἀποδείξειαν, τὴν διαθήκην ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύ διαμένειν προστάττομεν. Εἰ δὲ ταῦτα μὴ παραφυλαχθείη* —

79) *Εἴτε τοίνυν πάσας τὰς εἰρημένας τῆς ἀχαριστίας αἰτίας, εἴτε φανερὰς ἐξ αὐτῶν, εἴτε μίαν οἱανδήποτε οἱ γονεῖς τῇ ἰδίᾳ ἐγγράψειεν διαθήκῃ, καὶ οἱ γραφόμενοι κληρονόμοι τὴν ὀνομασθεῖσαν ἢ ὀνομασθείσας αἰτίας ἢ μίαν ἐξ αὐτῶν ἀληθῆ εἶναι δείξειαν, τὴν διαθήκην τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχὺν παρακελεύομεθα. Εἰ δὲ ταῦτα μὴ παραφυλαχθείη, μηδὲν γίνεσθαι πρόκριμα τοῖς ἀπὸ κληρονόμων γραφεῖσι παισίν* — — Der Kaiser erklärt also,

Digitized by Google

Kaiser von dem Verstoß gegen die Vorschriften des alten Rechts hier so wenig gesprochen, wie sonstwo in der Novelle.

Die zweite dieser Meinungen hat das für sich, daß sie in den Rechtsanschauungen der Gegenwart lebendigen Anklang findet; schauen wir dagegen ohne jegliche Nebenrücksicht lediglich auf den Stand des römischen Rechts zur Zeit Justinian's, so hat sie meines Erachtens Alles wider sich.

Vor Allem ist, neueren Darstellungen gegenüber, der Standpunkt fest zu stellen, von welchem aus die Frage zu lösen ist. Jene Formenvorschriften gelten bis zu Justinian's Zeit: daher ist ihre Aufhebung nachzuweisen; denn nicht der Fortbestand eines zweifellos sanktionirten Rechtssatzes bedarf des Beweises, sondern seine Beseitigung [80].

Daß die Novelle die Nothwendigkeit der Beobachtung der alten Formen ausdrücklich aufgehoben, hat meines Wissens Niemand behauptet und kann im Grunde Niemand behaupten [81]. Man begnügt sich vielmehr mit der Aufstellung, die Weise, wie Justinian sich ausdrückt, setze jene Beseitigung voraus. Wie mislich aber die Annahme ist, ein seit alten Zeiten in dem römischen Leben eingewurzeltes höchst bedeutsames Rechtsinstitut sei, gleich irgend einer nebensächlichen Kleinigkeit, mittelbar und stillschweigend beseitiget worden, wird im Allgemeinen einleuchten. Nun sind überdies die Anhaltspunkte der Novelle nach dieser Seite hin außerordentlich dürftig, ja für jenen Zweck geradezu unzureichend. Allerdings finden wir mehrere Male lediglich den Ausdruck exheredare, wo in genauer Rede

daß die von der Novelle für den Fall des mangelnden Enterbungsgrundes angeordneten Folgen eintreten sollen bei exheredirten Kindern.

80) Francke p. 358 ff. und Arndts p. 119 stellen umgekehrt die Sache so dar, wie wenn das Fortbestehen jener Formenvorschriften nach der Novelle zu beweisen wäre.

81) Francke will seiner Darstellung dadurch den Weg bahnen, daß er von der, in Anmerkung 5 besprochenen Auffassung der C. 30 de inofficioso testamento ausgehend, die Behauptung aufstellt, die Novelle enthalte in dieser Beziehung lediglich die Ausdehnung der in jenem Gesetz begonnenen Formenbeseitigung. Diese Argumentation fällt natürlich mit ihrem Fundament.

Digitized by Google

exheredare vel praeterire hätte gesagt werden müssen[82] und man hat daraus folgern wollen, daß demnach von Justinian auf diese formelle Unterscheidung kein Gewicht mehr gelegt werde. Aber es ist doch in der That wenig zu verwundern, wenn der Kaiser der bequemen Kürze sich bedient, nachdem er im Uebrigen durch die Einrahmung seines Gesetzes sogar mehr als gewöhnlich dafür gesorgt hat, daß man seine Anschauung nicht verkenne. Da nämlich, wo er in Cap. III p. die Frage zu behandeln beginnt, spricht er vollkommen genau; weil von dem Testament der Eltern überhaupt redend, unterscheidet er zwischen Präterition und Exheredation in den Worten[83]:

> *Θεσπίζομεν τοίνυν, μὴ ἐξεῖναι παντελῶς πατρὶ ἢ μητρὶ, ἢ πάππῳ ἢ μάμμῃ, ἢ προπάππῳ ἢ προμάμμῃ τὸν ἴδιον υἱὸν ἢ θυγατέρα ἢ τοὺς λοιποὺς παῖδας* praeteritos *καταλιμπάνειν ἢ ἀπο κληρονόμων ἐν τῇ ἰδίᾳ ποιεῖν διαθήκῃ —*

Wo er ferner in Cap. IV p. von dem Testament der Descendenten zu handeln anfängt, da wählt er den Ausdruck abermals sorgfältig:

> *Θεσπίζομεν τοίνυν, μὴ ἐξεῖναι τοῖς παισὶ τοὺς ἰδίους γονεῖς* praeteritos *καταλιμπάνειν ἢ καθ' οἱονδήποτε τρόπον τῶν ἰδίων πραγμάτων, ἐν οἷς ἐξουσίαν ἔχουσι διατίθεσθαι, τούτους παντελῶς ἀλλοτρίους ποιεῖσθαι —*

offenbar — wie schon Mühlenbruch richtig gefühlt hat — in der Absicht, um darauf hinzuweisen, daß die Ascendenten sowohl stillschweigend wie ausdrücklich ausgeschlossen werden können, zugleich

82) Cap. III p. § 13. 14.

83) Zwar ist behauptet worden, man sei nicht berechtiget, in diesen und ähnlichen Stellen den Ausdruck exheredare ausschließlich auf den testirenden Vater, und nur den anderen praeterire auf die erst durch die Novelle formell verpflichteten Ascendenten zu beziehen: aber nach dem, bis zu Justinian geltenden und von diesem Kaiser nirgends aufgehobenen Sprachgebrauch ist man dazu geradezu verpflichtet.

Digitized by Google

aber den Ausdruck exheredare vermeidend, eingedenk der alten Regel extraneum exheredare absurdum est. Endlich wo am Schluß des vierten Kapitels der besondere Fall der testirenden Descendenten verlassen und wieder auf die allgemeine Tendenz des Gesetzes zurückgegangen wird, da heißt es auch wieder in genauer Rede:

καὶ αὗται μὲν τῆς exheredationos *ἢ* praeteritionos *αἱ ποιναὶ — διετυπώθησαν*

und es wird in Kapitel fünf als Zweck des Gesetzes ebenso genau bezeichnet:

τὴν ὕβριν τῆς praeteritionos *καὶ* exheredationos *τῶν γονέων καὶ τῶν παίδων ἀνελεῖν.*

Die Beseitigung dieser formellen Vorschriften liegt weiter nicht in dem Gange der bisherigen Rechtsentwickelung. Zwar glaubt man häufig die entgegengesetzte Ansicht durch den Hinweis auf den Entwickelungsgang der Intestaterbfolge vertheidigen zu können, behauptend, daß Novelle 115 für das Notherbenrecht sei, was Novelle 118 für das Intestaterbrecht[84]. Aber die Dinge liegen völlig anders. Auf dem Gebiete des Intestaterbrechts nämlich hatte seit Einführung der bonorum possessio unde cognati und unde liberi ein stiller Kampf zweier Prinzipien begonnen, der Kampf zwischen Agnation und Kognation. Durch Jahrhunderte bleibt das Zwölftafelprinzip von der ausschließlichen Berufung der Agnaten die anerkannte Regel; aber man durchbricht dieselbe durch eine fort und fort steigende Zahl von Ausnahmen, so weit gehend, daß allmälig die Gültigkeit der Regel zur Ausnahme wird: ein Zustand, welcher in sich selber die Vorbereitung für das Aufgeben jener, doch nur noch formell bestehenden Regel in sich trug und mit historischer Folgerichtigkeit zur Herrschaft des Kognationsprinzips führte, wie es in Novelle 118 seinen Ausdruck findet.

84) Daran ist schon der Umstand bedenklich, daß die Neugestaltung des Notherbenrechts anderthalb Jahre früher erfolgt sein soll, als die des Intestaterbrechts. Wenn zwischen den beiden Gesetzen ein innerer Zusammenhang bestünde, so wäre zu erwarten gewesen, daß Justinian auch mit dem natürlichen Anfang der Sache begonnen hätte, also mit dem Intestaterbrecht.

Digitized by Google

Anders auf dem Gebiete des formellen Notherbenrechts. Zwar insoweit ist der Entwickelungsgang des Intestaterbrechts auch hier maßgebend, daß im Laufe der Zeit auch blos kognatische Kinder zu Notherben ihres Vaters erhoben werden. Aber von Dem, worauf es hier ausschließlich ankommt, von dem Prinzip der Formenstrenge, ist bis auf Justinian keine Zeit abgewichen. Namentlich dem Prätor lag eine solche Aenderung vollkommen fern; hat er doch im Gegentheil das formelle Recht auf die liberi überhaupt ausgedehnt. Weiter, als die querela inofficiosi testamenti sich entwickelt hatte, da wäre nach unseren heutigen Begriffen der Zeitpunkt für allmälige Entfernung jener Formen gekommen gewesen: aber man denkt in Rom nicht daran, die genannte Klage von dem durch den color insaniae ihr ursprünglich aufgeprägten subsidiären Charakter zu befreien. Ueberhaupt finden wir in der gesammten Kaisergesetzgebung nirgendwo eine andere, auf Beseitigung der Formen abzielende Richtung eingeschlagen. Insbesondere sind Justinian's eigene, oben genau dargestellte Gesetze, so weit sie der Novelle 115 vorausgehen, offenkundig nicht von der Tendenz, die bestehenden Formen des Notherbenrechts zu beseitigen, sondern sie verschärfen im Gegentheil ihre Anwendung. Demnach müßte, wäre die gegentheilige Ansicht begründet, Novelle 115 einem Wandel in des Kaisers legislativer Anschauung ihren Ursprung verdanken; mit der gesammten bisherigen Entwickelung des römischen Rechts und mit des Kaisers eigener, in besonderen Gesetzen niedergelegter Betrachtungsweise brechend, wäre die Novelle ein reformatorisches, historisch nicht motivirtes Gesetz. Dazu scheint dieselbe schon äußerlich nicht angethan. Während Novelle 118 sofort in der Präfatio als ein das Intestaterbrecht neu organisirendes Gesetz sich ankündiget und, aus einem Guß, vom Anfang bis zum Ende lediglich eine und dieselbe Frage behandelt: ist die 115. Novelle eine von jenen, in welchen der Kaiser, durch konkrete Fälle der Praxis angeregt, eine Reihe von innerlich ganz verschiedenen Einzelfragen nach einander abhandelt[83]. Unter ihnen bildet zwar

83) In Cap. I und II werden zwei prozessualische, auf die Appellation bezügliche Spezialfragen entschieden; Cap. III bis Cap. V p. handelt vom Noth-

Digitized by Google

die mitten hinein geworfene, auf das Notherbenrecht bezügliche Entscheidung das hervorragendste Glied, aber doch nicht in der Art, daß der Kaiser sich veranlaßt gesehen hätte, desselben in der Präfatio oder dem Epilog zu gedenken. Wenn nun auch weiter der Fall, welcher die auf das Notherbenrecht bezügliche Neuerung hervorgerufen, nicht vollkommen klar berichtet ist, so geht doch so viel mit Gewißheit hervor, daß das, was der Kaiser misbilligte, nicht in dem, durch einen Verstoß gegen das formelle Notherbenrecht herbeigeführten Zusammenfall des Testaments, sondern umgekehrt darin bestand, daß der Notherbe als durch die bestehenden Gesetze noch immer zu wenig geschützt erschien. Das ist in der That ein für die Erkennung der Tendenz des Gesetzes sehr maßgebender Punkt. Pulcheria war in dem Testament ihrer Eltern belobt und doch nicht zur Erbin eingesetzt worden: das genügt dem Kaiser um das, nach dem bestehenden Rechte gültige Testament durch eine Ausnahmsentscheidung für ungültig zu erklären [86]. Diesem Fall entspricht genau der Gesammtinhalt des Gesetzes: man soll die in der Novelle bezeichneten Personen in seinem Testament ehren durch Erbesernennung; nur wenn man einen gesetzlich anerkannten Grund dazu hat, soll man von dieser Pflicht entbunden, dafür aber gehalten sein, jenen Grund im Testament selbst anzuführen. Mithin steigert das Gesetz die formellen Anforderungen.

erbenrecht; Cap. V § 1 geht sofort auf eine ganz verschiedene Einzelfrage des Prozesses über; endlich Cap. VI löst eine Frage der Intercession.

86) Gewiß ist: Pulcheria war, obgleich im Testament ihrer Mutter belobt, doch von dieser nicht zur Erbin ernannt worden. Ferner ist so gut wie gewiß, daß ihr der Pflichttheil entweder ganz oder theilweise zugewendet worden war; denn andernfalls würde es, weil hier die querela inofficiosi testamenti zur Hand gewesen, einer außerordentlichen kaiserlichen Hülfe nicht bedurft haben. Weiter ist wahrscheinlich, daß auch der Vater testirt und die Tochter in gleicher Weise wie die Mutter behandelt hatte; denn sie soll auch von dem väterlichen Nachlaß ausgeschlossen und überdies erheredirt gewesen sein, ein Ausdruck, der auf die Mutter nicht paßt. Endlich ist lediglich von einem Testament die Rede; daraus würde, wenn die vorige Voraussetzung begründet ist, weiter hervorgehen, daß Mann und Frau gemeinschaftlich testirt hatten, was sie damals ganz füglich konnten. [Nov. 63. Valentiniani III, bei Hänel tit. XX cap. 1. In das corpus iuris ist zwar

Digitized by Google

Demnach bietet das Recht Justinian's folgende Unterscheidungen:

1) Diejenigen, welche erst durch die Novelle formelles Recht erhalten haben, sind auf das Recht aus diesem Gesetz beschränkt.

2) Den sui und den emancipati steht dem Testamente des Vaters gegenüber ein doppeltes Recht zu, das alte, vor der Novelle vorhandene und das neue aus der Novelle.

3) Für den suus gestaltet sich die Sache folgendermaßen:

a) Ist er im Sinne des alten Rechts präterirt, so ist das Testament, gemäß den Satzungen des alten Rechts, seinem ganzen Inhalte nach nichtig.

b) Sind dagegen die Formen des alten Rechts gewahrt, so handelt es sich nunmehr um die Beobachtung der Vorschriften der Novelle:

α) wurde diesen durch Einsetzung genügt, so ist die suppletoria actio die einzige mögliche Klage;

β) wurde er erheredirt, aber ohne die Angabe eines Grundes, wie ihn die Novelle verlangt, so tritt kraft der Novelle Intestaterbfolge ein, jedoch mit Aufrechterhaltung aller derjenigen letztwilligen Anordnungen, die sich überhaupt mit der Intestaterbfolge vertragen.

4) Der emancipatus endlich hat folgende Stellung:

a) Wurde er erheredirt, jedoch ohne Angabe eines gesetzlichen Grundes, so ist nur gegen die Novelle verstoßen, daher sind die Institutionen nichtig, der übrige Inhalt des Testaments aber so weit gültig, wie die Novelle das vorschreibt.

b) Ist zwar der Novelle durch Angabe des Enterbungsgrundes genügt, der emancipatus jedoch im prätorischen Sinne präterirt, so ist gegen das an sich gültige Testament bonorum possessio contra tabulas mit allen ihren Folgen zulässig und es sind demnach die letztwilligen Anordnungen so weit anzuerkennen, als das edictum

---

diese Stelle nicht aufgenommen worden, aber es findet sich darin auch kein Verbot des gemeinschaftlichen Testaments.]

de legatis praestandis in seiner vollständigen Entwickelung vorschreibt.

c) Wenn endlich gegen das alte und das neue Recht zugleich verstoßen, d. h. der Emancipirte präterirt wurde ohne Angabe eines gesetzlichen Grundes: so sind die Institutionen nichtig nach dem neuen Recht und es haben überdies die präterirten und die instituirten prätorischen Notherben die Befugnis, durch Nachsuchung der contra tabulas bonorum possessio die von ihnen auszuzahlenden Vermächtnisse auf das vom Prätor eingehaltene Maß zurückzuführen [87].

Dieses Recht der sui und der emancipati ist allerdings komplicirt: aber es ist es kaum mehr als dasjenige, dessen sie vor der Novelle theilhaftig waren; denn etwa wie viel sie an Verwickelung durch die Novelle neu hinzubekommen, etwa ebenso viel haben sie für Vereinfachung ihrer rechtlichen Stellung gewonnen durch die Beseitigung der Querel. Das Resultat selber wird in der Hauptsache für Niemanden etwas Befremdendes haben können, der nicht uneingedenk jener bevorzugten Stellung ist, welche die sui und die emancipati dem väterlichen Testament gegenüber seit Jahrhunderten genossen. Wir begegnen hier, wie nicht selten anderwärts, dem Rest einer alten, schon damals veralteten Anschauungsweise, die dennoch im Rechtsleben sich erhält durch die Macht der Gewohnheit.

Aber jenes s. g. vollständige Derogationssystem hat dennoch seine volle Berechtigung von einem bestimmten Standpunkte aus: und gerade dieser ist es, welcher ihm in natürlicher Weise lebendigen Anklang in der Gegenwart verschafft hat. Es ist das, wie schon oben angedeutet wurde, der Standpunkt unserer heutigen Rechtsanschauung. Nach unseren natürlichen und sittlichen Begriffen näm-

87) Mit diesen Resultaten für das justinianische Recht stimmt Vangerow p. 356 in der Hauptsache überein; nur darin weicht er ab, daß er die Frage, ob die Vorschrift der Novelle beobachtet sei, überall erst dann an die Reihe kommen lassen will, wenn sich die Form des alten Rechts als gewahrt erwiesen (was namentlich in dem Fall sub c zu wesentlichen Verschiedenheiten führt): aber die Novelle hat dem alten Recht gegenüber keinen subsidiarischen Charakter.

Digitized by Google

lich ist weder die Stellung des in der patria potestas befindlichen Kindes von der des emancipirten, noch überhaupt die des Kindes zum Vater von der zu dem anderen Elterntheil so wesentlich verschieden, daß eine Verschiedenheit im Notherbenrecht sich darauf irgendwie begründen ließe. Dazu kommt der weitere Umstand, daß die im römischen Recht eingehaltene Art der Bevorzugung, also jenes formelle Moment, wie es sich namentlich in der Erheredation ausspricht, mit unseren Anschauungen und unseren Sitten in vollkommenem Widerspruche steht. Ob der Vater in seinem letzten Willen sagt: „mein ältester Sohn hat mir nach dem Leben getrachtet, deshalb soll mein zweiter Sohn mein Erbe sein," oder ob er etwas umständlicher schreibt: „mein ältester Sohn hat mir nach dem Leben getrachtet, deshalb enterbe ich ihn und ernenne meinen zweiten Sohn zum Erben": das sind nach unserer heutigen Auffassung so absolut gleiche Erklärungsweisen, daß der gesunde Menschenverstand sich empören würde — und das Recht ist gerade eine Sache des gesunden Menschenverstandes — wenn der Vater zwar durch die eine dem Gesetz Genüge geleistet haben sollte, nicht aber durch die andere.

Dieses Rechtsbewußtsein der Nation hat überall die vollste Berechtigung, auch den Gesetzen gegenüber. Daß es, sobald es nur klar und sicher zur Erscheinung kommt, von selber zur praktischen Geltung gelange, lehrt jedes Blatt der Geschichte[88]. Insbesondere das römische Recht hat jene Größe, welche die Welt an ihm bewundert, vorzugsweise gerade dadurch erreicht, daß es diese Berechtigung des Rechtsbewußtseins der Nation im allervollsten Maße anerkannte[89]. Auch in Deutschland hat sich dasselbe seiner Zeit und

88) Nichts ist unhistorischer, als der von einzelnen, sich historische nennenden Juristen gemachte Versuch, die Welt unter dem Bann einer, von der Vergangenheit bestimmten Regel für alle Zeiten festhalten zu wollen. Das menschliche Recht gleicht dem Menschen selber; trotz der Unvergänglichkeit seiner Natur befindet es sich in einem stetigen Prozeß des Werdens und des Vergehens.

89) Daß diese Freiheit der Interpretation von alter Zeiten her zu Rom sich einbürgerte, dazu wird in dem Zwölftafelgesetz die erste Veranlassung gelegen haben. Wenn ein überallhin greifendes Gesetz wie dieses sich damit begnügt, lediglich oberste Grundlinien zu ziehen, so müssen Jurisprudenz und Praxis selber schöpfe-

Digitized by Google

seines Orts geltend zu machen gewußt, wie die Geschichte der Carolina in einem schlagenden Beispiele zeigt. Ganz besonders nachdrücklich ist endlich diese Freiheit der Behandlung einem, in fremder Sprache geschriebenen, einer fremden Nationalität und einer untergegangenen Kulturstufe entstammenden, mehr als tausend Jahre alten Gesetzbuche gegenüber aufrecht zu erhalten und es erscheint dabei als das einzig Richtige, dem nicht mehr zu Ertragenden offen und mit Bewußtsein entgegen zu treten, nicht aber sich dem Glauben hinzugeben, schon in dem römischen Gesetzbuche sei zu lesen, was doch nur der Ausdruck unseres eigenen Rechtsbewußtseins ist.

Jene Formenvorschriften des römischen Rechts für unanwendbar auf unsere deutschen Rechtsverhältnisse erklären, heißt demnach eben so gut im Geiste der Römer, wie in unserem eigenen Geiste handeln.

---

risch werden, sie mögen wollen oder nicht. Jene Sicherheit und Gleichmäßigkeit der Auslegungsprinzipien aber, welche in Rom von Generation auf Generation sich vererbten, verdankten ihr Dasein offenbar dem Geschworenengericht und seiner Oeffentlichkeit. Unsere, die deutsche Jurisprudenz war dagegen durch lange Jahrhunderte mit dem Erkennen und Begreifen des gewaltigen, von fremdher geholten Rechtsstoffes allzu sehr beschäftiget, als daß sie, mit kritischer Freiheit über demselben stehend, der Fortbildung des Rechts selber die volle Aufmerksamkeit hätte zuwenden können. Nichts haben wir von den römischen Juristen bis jetzt uns weniger angeeignet, als das, wodurch sie am größten sind, ihre schöpferische Methode.

Digitized by Google

Druck von Otto Wigand in Leipzig.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google